UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LES PACTES
DE
SÉPARATION AMIABLE
ENTRE ÉPOUX

ÉTUDE HISTORIQUE
COMPARATIVE ET CRITIQUE DE LA SÉPARATION DE CORPS
PAR CONSENTEMENT MUTUEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue le 24 mars 1930, à 14 heures

PAR

Hubert RICHARDOT
Lauréat de la Faculté de Droit de Dijon

Président : M. Marc DESSERTEAUX, *Professeur.*
Suffragants : MM. LOUIS-LUCAS, *Professeur.*
REGNAULT, *Professeur.*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

1930

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535703_0028

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LES PACTES
DE
SÉPARATION AMIABLE
ENTRE ÉPOUX

ÉTUDE HISTORIQUE
COMPARATIVE ET CRITIQUE DE LA SÉPARATION DE CORPS
PAR CONSENTEMENT MUTUEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT
soutenue le 24 mars 1930, à 14 heures

PAR
Hubert RICHARDOT
Lauréat de la Faculté de Droit de Dijon

Président : M. MARC DESSERTEAUX, *Professeur.*
Suffragants : MM. LOUIS-LUCAS, *Professeur.*
REGNAULT, *Professeur.*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11
—
1930

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A MON PÈRE ET A MA MÈRE

TÉMOIGNAGE DE RECONNAISSANCE PROFONDE
ET D'AFFECTION

« Au fond, dans des questions de morale, où l'on ne peut rien dé-
« montrer, où il n'y a point de règles certaines pour discerner la vérité,
« il est fort aisé de faire des raisonnemens séduisans, quelque parti que
« l'on embrasse ; et tous ces raisonnemens se réduisent à ceci : telle
« chose vous paraît probable et à moi, non. Mais il y a un moyen plus
« sûr que les raisonnemens pour découvrir cette vérité si difficile à dé-
« mêler : c'est l'expérience. »

MALLEVILLE, *Travaux préparatoires du Code civil*,
Séance du 14 vendémiaire, an X.

AVANT-PROPOS

« Les Pactes de séparation amiable entre époux. » — Ce simple titre provoquera peut-être quelque étonnement. On chercherait vainement, en effet, dans les Traités de Droit civil les plus complets les règles de cette institution. La raison d'un tel silence à son égard est d'ailleurs simple et décisive : c'est qu'elle n'est pas admise par notre Loi (1).

Pourquoi alors lui consacrer une aussi longue étude ? Peut-on vraiment dire tant de choses sur un sujet dépourvu d'existence ?

En vérité, semblables objections pourraient laisser croire que tout l'horizon des juristes est enfermé dans la seule exégèse de la Loi. Or, cette conception n'est plus, qui fut celle de plusieurs générations de commentateurs du Code. Tout esprit préoccupé de l'ordre juridique ne doit pas borner là son domaine ; si modeste soit son effort, il doit tendre toujours, par delà l'expression actuelle du droit, à une approximation plus étroite de la justice ou de l'utilité sociale. Car la loi peut être incomplète, et même, elle peut se trouver imparfaite.

Ce n'est donc pas parce que les « Pactes de séparation » sont de nos jours en France, légalement ignorés, ou plus précisément prohibés, qu'il ne convient pas de leur accorder à tout le moins un examen. Toutefois ce n'est là qu'un point de vue négatif : la recherche annoncée par notre titre n'est pas *a priori* illégitime. S'ensuit-il qu'elle soit justifiée ?

On pensera peut-être que le mobile qui nous a poussé à l'entreprendre, n'a été que le seul désir de présenter une idée nou-

(1) Code civil, art. 307 : « Elle (la séparation de corps) ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux. »

velle, ou plutôt qui peut sembler telle, car en fait elle doit être contemporaine de l'apparition de la séparation elle-même dans le système du droit. C'est, en effet, une fortune assez rare, depuis si longtemps qu'il y a des hommes, et qui écrivent des livres juridiques, de découvrir un sujet qui puisse paraître neuf. Néanmoins cette séduction n'a pas été pour nous déterminante ; la nouveauté n'étant pas une fin de l'ordre moral.

Si nous avons retenu cette question, c'est qu'en dépit de l'indifférence, sinon même de l'hostilité qui l'entoure, elle présente un intérêt considérable ; et c'est, en outre, que, malgré l'opinion qui la considère comme définitivement résolue, elle ne l'est, en réalité, qu'en apparence.

Il est des règles qui jouissent d'un privilège singulier ; pareilles à ces personnes débiles dont la longue existence est un défi à la nature, elles se perpétuent, bien que dépourvues de tout fondement solide, finissant par trouver dans l'accoutumance leur meilleure, et même leur seule justification. Or, la disposition qui prohibe la séparation de corps par consentement mutuel doit être de celles-là ; car on ne trouve chez les auteurs, pour lui servir de base, que de mauvais motifs, à moins que l'on n'en rencontre même pas du tout.

Néanmoins l'habitude ne saurait, croyons-nous, constituer définitivement la seule raison d'être d'un texte impératif, du moins lorsqu'elle ne se révèle que dans les explications des jurisconsultes, et non point dans les mœurs. On peut, en effet, parler en ce domaine, nous nous attacherons à le démontrer, de la « Révolte des faits contre le Code civil ».

L'intérêt de cette question est grand. Ne touche-t-elle pas directement à la matière du mariage, qui constitue le centre du droit de famille ? Ne concerne-t-elle pas l'une des plus essentielles parmi les obligations conjugales, celle de cohabitation ?

Quand la discorde se met dans un ménage, assez grave pour rendre indispensable la suspension de la vie commune, le Droit reconnaît aux époux la faculté de recourir à la séparation de corps. Mais, en l'état actuel de la loi, il exige qu'intervienne toujours au préalable un jugement, c'est-à-dire en fait un procès pénible et coûteux. Lors même que les parties seraient d'accord sur l'opportunité de cette mesure, le code les oblige donc à

se dresser ainsi l'une contre l'autre devant des magistrats, et à étaler au grand jour des fautes qui doivent couvrir de confusion ou de honte, au moins l'une d'entre elles. Elles ne peuvent absolument pas conclure amiablement un « pacte » à cette fin.

Cette règle rigoureuse est-elle réellement légitime ; n'est-elle pas au contraire, arbitraire ? Tel est en somme le problème que nous allons poser, et nous efforcer de résoudre dans les pages qui vont suivre ; la solution actuellement en vigueur n'apparaissant pas *a priori* nécessaire, ni satisfaisante.

Pour atteindre ce résultat, comment allons-nous procéder ? Mais auparavant comment avons-nous été amené à envisager ce sujet, car la seconde réponse commandera la première.

Nous ne sommes point parti d'une idée préconçue, mais des faits ; la règle de l'article 307, nous le reconnaissons bien volontiers, n'ayant pas de prime abord retenu notre attention. C'est par hasard que nous avons appris l'existence sur ce point d'une pratique contraire à la loi. La séparation amiable, en effet, bien qu'irrégulière, constitue dans la réalité une véritable coutume, et les « pactes » sont d'un usage courant. Nous ne sommes pas d'ailleurs le premier à le dire, toutefois personne jusqu'ici ne s'est donné pour tâche de les étudier spécialement (1).

Instruit de cet état de choses, mais n'apercevant pas encore son intérêt réel, c'est alors que nous fut enseigné le principe du droit anglais, qui proclame la validité des accords de séparation entre époux (2). Cette circonstance devait être le point de départ de ce livre. Pourquoi, nous sommes-nous dit, les pactes qui sont licites outre-Manche sont-ils absolument prohibés chez nous ?

Ainsi parti des faits, c'est par l'étude des faits, c'est-à-dire par la voie expérimentale, que nous allons chercher cette solution. L'expérience n'est-elle pas, d'ailleurs, dans le domaine législatif, le seul critère qui puisse départager les conclusions contradictoires des raisonnements purement spéculatifs ?

Nous demanderons donc au Droit Comparé les enseignements

(1) V. G. Choquet, *La séparation de fait entre époux* (thèse Lille, 1907), p. 37 et s. ; L. Girod, *Des effets de la séparation de fait entre époux* (thèse Nancy, 1908), p. 112 et s.

(2) M. Desserteaux, *Cours de Doctorat.* Dijon, 1926-27, Droit comparé : législation anglo-saxonne.

qui peuvent être tirés de l'application actuelle d'une règle contraire à la nôtre, dans un milieu social cependant très voisin du nôtre. Nous élargirons même cette enquête afin de donner à ses résultats un caractère plus convaincant ; car l'Angleterre est loin d'être la seule nation dont le droit admette cette institution. Le problème que nous envisageons n'est-il pas, en réalité, commun à tous les peuples de civilisation occidentale, c'est-à-dire chrétienne ? Pourquoi, par conséquent, les dispositions qui sont regardées comme bonnes par l'un d'eux, seraient-elles absolument mauvaises pour un autre ?

Si la question des pactes de séparation n'est pas ainsi particulière à notre pays, et sollicite par suite, pour être résolue en connaissance de cause, un examen comparatif des différentes solutions qui lui sont données de nos jours ; elle n'est pas davantage spéciale à notre temps. En vérité, elle ne se pose pas aujourd'hui dans des conditions différentes de celles d'autrefois, elle est restée actuelle depuis des siècles malgré les changements de coutumes et de législations. Aussi devrons-nous encore faire appel, si nous voulons comprendre les raisons véritables de notre loi moderne, et par là sa valeur, aux enseignements de l'Histoire.

Problème dont le domaine s'étend très largement dans l'espace et le temps, nous devrons donc en définir les termes en tenant compte de ses éléments généraux et permanents. Mais nous devrons toutefois, avant de pouvoir déduire des expériences passées et contemporaines une conclusion valable à l'égard de la loi française, rechercher si elle n'est pas en réalité commandée sur ce point par des motifs distincts de ces données, et propres au milieu qu'elle est destinée à régir. Notre étude sera donc, en définitive, historique, comparative et critique, car la logique de l'exposé demande que nous commencions par l'Histoire.

Peut-être sera-t-on surpris de l'étendue que nous allons donner à cette première partie, et pensera-t-on qu'elle n'a pas d'autre justification que le plaisir que nous avons eu à la préparer et l'écrire. Certes nous ne nierons pas l'attrait exercé sur nous par l'histoire. Néanmoins, si nous avons été amené à développer plus qu'il n'est d'usage cette introduction, ce n'est pas en réalité par une conception arbitraire, mais par nécessité.

La formation et le développement de la séparation conjugale que nous pratiquons aujourd'hui sont très mal connus, n'ayant pas encore fait l'objet d'une étude suffisante (1). On peut même dire que les notions reçues à leur sujet sont pour une part inexactes. Il n'a pas existé dans le passé, ainsi que de nos jours en droit civil, une mesure unique de ce nom, mais deux, dont la nature et l'organisation étaient profondément différentes : la séparation de corps, d'une part, et la séparation d'habitation, d'autre part (2).

Dans ces conditions, il nous était tout à fait impossible d'exposer un point particulier en cette matière, sans rappeler au préalable, et prouver, les règles les plus essentielles de ce système originel. Voilà quelle est donc notre excuse, et par là même notre justification.

Si nous avons pu remplir, dans une certaine mesure, le programme vaste et complexe qui vient d'être tracé, nous en sommes entièrement redevable aux concours nombreux et précieux, qui nous ont été accordés avec une infinie obligeance, tant en France qu'à l'étranger. Aussi prions-nous tous ceux qui ont bien voulu nous aider et nous conseiller de trouver ici l'assurance de notre sincère et profonde gratitude.

Dijon, octobre 1929.

(1) Certain titre d'ouvrage pourrait faire illusion à cet égard : Melesse, *L'Evolution de la séparation de corps de son origine au Code civil* (thèse Paris, 1921).

Une étude antérieure: celle de Gagé, *La séparation de corps dans l'ancien droit français* (thèse Paris, 1914), bien que meilleure de beaucoup, est encore très incomplète, ayant laissé de côté la jurisprudence des officialités.

(2) A la vérité, ce point a déjà été signalé dans un livre très supérieur aux précédents, mais consacré seulement à la séparation de biens, et où il semble être resté d'ailleurs inaperçu, n'ayant pu donner lieu en cet endroit à une exposition suffisante. De cela témoignent en particulier les deux thèses que nous venons de citer. Viltard, *Essai d'historique de la séparation de biens judiciaire dans l'Ancien Droit français* (thèse Poitiers, 1905), p. 80.

Nous n'avons pu connaître que très tardivement, — au cours de l'impression — la très importante étude de Le Picard, *La communauté de la vie conjugale, obligation des époux*. Paris, Sirey, 1930.

LES PACTES
DE
SÉPARATION AMIABLE
ENTRE ÉPOUX

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

LES ORIGINES DE LA SÉPARATION CONJUGALE

§ 1. — Le Droit Romain n'a pas connu la séparation de corps.

En Droit Romain classique la volonté commune des époux suffisait à dissoudre l'union conjugale (1). C'était là le divorce proprement dit, ou « divortium communi consensu » (2). Il en

(1) Nous laissons de côté les autres législations de l'antiquité, parce qu'elles n'ont eu aucune action sur la formation de notre droit. On doit noter, cependant, que les Hébreux et les Germains pratiquaient la répudiation, mais seul le mari pouvait y recourir. Ce mode de rupture existait également à Rome concurremment avec le divortium.

V. en particulier dans la Bible, Deut. XXIV. I : « Quand quelqu'un aura pris une femme et qu'il se sera marié avec elle, s'il arrive qu'elle ne trouve pas grâce devant les yeux de cet homme là, parce qu'il aura rencontré en elle quelque chose de honteux, il lui écrira une lettre de divorce, et la lui ayant mise dans les mains, il la renverra hors de sa maison. »

(2) Hermogenianus D. XXIV.I. *De don. int. vir. et ux.* lxii pr. : Et ideo bona gratia matrimonium dissolvitur.

A l'origine le mariage romain, qui avait un caractère religieux, paraît

résultait une rupture totale et définitive, qui rendait les conjoints désormais étrangers l'un à l'autre et permettait à chacun d'eux de conclure un nouveau mariage.

Mais,à côté de cette dissolution définitive, les Romains n'ont-ils pas connu une mesure moins radicale qui laissât aux parties la qualité d'époux, tout en leur permettant de vivre d'accord une existence distincte ? Leur système juridique n'a-t-il pas compris une institution analogue à notre séparation de corps, qui suspendît les relations conjugales sans dissoudre le lien matrimonial ?

Cette question ne saurait soulever de difficulté : le Droit Romain n'a pas connu la séparation de corps.

Néanmoins il ne paraît pas suffisant de s'en tenir à cette constatation, il est intéressant d'en chercher les causes ; car, dans un droit aussi perfectionné, l'absence d'une institution de cette importance ne saurait être le résultat d'une évolution capricieuse.

Un tel problème demande quelques éclaircissements sur la conception du mariage et sur sa nature juridique.

Cicéron nous donne du mariage la belle définition suivante : « Matrimonium est principium urbis et quasi seminarium rei-« publicae : nihil in rebus mortalium perinde venerandum est at-« que matrimonium, quippe eo quo liberi, omnisque deinceps, « sobolis series existat, quod regiones atque civitates frequentes « reddat. (1) »

Si nous nous référons par ailleurs aux compilations du Corpus, nous y rencontrons sous la rubrique « De ritu nuptiarum » ce passage bien connu dû à Modestin : « Nuptiae sunt conjunctio

avoir été quasi indissoluble. C'est cet état que décrit Fustel de Coulanges, sur le témoignage de Denys d'Halicarnasse (II.25) : « L'institution du mariage sacré doit être aussi vieille dans la race indo-européenne que la religion domestique, car l'une ne va pas sans l'autre. Cette religion a appris à l'homme que l'union conjugale est autre chose qu'un rapport de sexes et une affection passagère, et elle a uni deux époux par le lien puissant du même culte et des mêmes croyances... On conçoit qu'une telle union fut indissoluble, et que le divorce fut presque impossible... une nouvelle cérémonie sacrée était nécessaire ; car la religion seule pouvait délier ce que la religion avait uni. » (*La Cité Antique*, liv. II, ch. II *in fine*).

(1) De Officiis, I, 17.

« maris et foeminae, consortium omnis vitae : divini et humani « juris communicatio (1) ».

Quels enseignements peut-on tirer de ces deux textes ? Tout d'abord que le mariage est un acte du droit privé : il donne naissance à une association entre deux personnes. Mais ce n'est pas une association ordinaire : il assure la perpétuité des générations et rien au nombre des choses humaines ne doit être autant vénéré. Non seulement il ressortit au droit humain, mais encore à la loi divine. Aussi constitue-t-il une union totale et perpétuelle, une union conclue pour toute la vie. Cette dualité d'essence n'épuise pas encore sa nature : le mariage participe enfin au droit public, il remplit dans l'Etat la fonction de peupler les régions et les villes. N'est-ce pas lui, en effet, la source de la Cité et la pépinière de la République ?

Le mariage romain paraît donc posséder, sur le témoignage de ces définitions, une triple nature juridique : privée, publique et divine.

Quels éléments constitutifs vont traduire dans l'organisation technique du droit cette complexité ? Il semble que la formation du mariage, pour correspondre exactement à ces principes, doive reposer sur trois éléments essentiels : le consentement des parties qui forment l'association, une représentation symbolique du caractère divin, et une intervention de la Cité si intéressée à sa conclusion.

En réalité, nous pressentons déjà combien le droit appliqué va se trouver éloigné de ces principes (2). « Consortium omnis

(1) D. XXIII, 2, 1. Herennius Modestinus, préfet des Vigiles entre 226 et 244, est appelé parfois le dernier des jurisconsultes classiques.

(2) « Ne voit-on pas... qu'il s'agit là d'une définition idéale due à un jurisconsulte philosophe, et destinée à exprimer la plus haute notion, tout à la fois morale et juridique, de l'union conjugale... Modestin, si toutefois ce texte est bien de lui, n'a fait que pressentir et devancer le mariage à venir, plutôt qu'il n'a songé à faire revivre son passé. » (Ch. Lefebvre, *Leçons d'introduction générale à l'Histoire du droit matrimonial français*, Paris 1900, p. 174.)

Pour F. de Coulanges au contraire, cette définition traduisait la forme primitive du mariage romain : « Ce gâteau mangé au milieu de la récitation des prières, en présence et sous les yeux des divinités de la famille, est ce qui fait l'union sainte de l'époux et de l'épouse. Dès lors ils sont associés dans le même culte. La femme a les mêmes dieux, les mêmes rites, les mêmes prières, les mêmes fêtes que son mari. De là cette vieille définition du mariage que les jurisconsultes nous ont conser-

vitae » proclame Modestin, et la législation non seulement consacre la liberté du divorce par consentement mutuel, mais même le repudium unilatéral. Bien plus, elle frappe de nullité la stipulation par laquelle des époux se promettraient l'un à l'autre de ne jamais dissoudre leur union, ainsi la clause pénale qu'il pourraient y joindre (1).

Pour comprendre ce que fut véritablement le mariage romain, celui de l'époque récente ou mariage sans « manus », il convient d'oublier nos conceptions modernes. A Rome il n'est point besoin d'une intervention quelconque de la puissance publique pour sanctionner l'union des époux. Aucune formalité n'intervient, nulle solennité n'est requise ; le droit se borne à exiger le concours des deux volontés suivi de l'établissement de la vie commune (2). Ainsi dénué de forme, le mariage se résout en « une façon de vivre, sa formation est un changement d'existence » (3).

Ce qu'un simple concours de volonté pouvait faire, un nouvel accord en sens opposé pouvait le défaire ; et de même que la communauté de vie, accompagnant la décision initiale, avait constitué un mariage valable ; de même la reprise d'une existence séparée, manifestant la décision de rompre, suffisait à la

vée : *Nuptiae sunt divini juris et humani communicatio* (D. XXIII, 2)... » (*op. cit.*, p. 47).

Droit de l'avenir, ou droit du passé : ce qui est certain, c'est que cette définition n'exprimait pas le droit en vigueur à l'époque classique.

(1) Alex. Sévère C. VIII, 39, *De inut. stip.* ii : « Libera matrimonia esse antiquitus placuit : ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere, et stipulationes, quibus poenae irrogentur ei, qui [quaeve] divortium fecisset, ratas non haberi constat. »

(2) Nous exposons ici les exigences du droit, laissant de côté la façon dont les choses se passaient dans les mœurs. En réalité des fiançailles, une cérémonie religieuse, la rédaction d'un *instrumentum dotale*, pouvaient intervenir. Ces à-côtés du droit ont dû varier selon les époques ; ils n'étaient pas nécessaires et n'ajoutaient rien à la validité du pacte. — De même nous disons deux volontés pour simplifier, sans préciser s'il s'agissait de celles des parties elles-mêmes, ou de ceux ayant autorité sur elles.

(3) Girard, *Manuel de Droit Romain* (7e éd. 1924), p. 161. Cf. Nov. 74, ch. 4 : « Quia enim et antiquis promulgatum est legibus, et a nobis ipsis sunt haec eadem constituta, ut etiam nuptiae extra dotalia documenta ex solo affectu valeant et ratae sint... »

En raison du caractère singulièrement sommaire de cette formation, il était parfois difficile de distinguer le mariage du concubinat ; c'était une question d'intention *(affectus maritalis)*, et plus tard de rang social, v. Nov. 74, ch. 4 et Nov. 117, ch. 4.

validité d'un divorce (1). Le Droit Romain n'exige donc pas le prononcé d'une décision de justice pour consacrer la rupture du lien conjugal, le divorce s'accomplit « par le simple accord des volontés, sans intervention d'aucune autorité civile ou religieuse » (2).

Dans de telles conditions, il n'y avait pas place pour la séparation de corps. La séparation de corps, en effet, est un moyen terme entre la vie commune et la dissolution définitive du mariage. Or dans un système juridique où, dès que volontairement il n'y a plus vie commune, le mariage se trouve par là même dissous, il n'y a plus de moyen terme possible.

L'organisation du droit matrimonial, définitivement constitué dans le mariage sans « manus », ne se prêtait donc pas à l'adjonction de cette institution.

Essayons de dégager maintenant l'explication de cette organisation. Il n'y a pas lieu de faire état des textes de Cicéron et de Modestin, puisque, des trois éléments requis par eux pour constituer le mariage, les deux derniers faisaient défaut dans le droit en vigueur. Cherchons donc une définition qui soit une traduction exacte du droit positif.

De l'analyse comparée du mode de formation et du mode de dissolution du mariage, il ressort que deux conditions suffisaient à sa validité : manifestation de volonté, et mode de vie conforme. On chercherait en vain quelque chose de plus. On peut donc dire que le mariage est un pacte qui tire sa perfection de son accomplissement même. On a présenté également le mariage romain comme « un état de fait constitué par la réunion d'un certain nombre d'éléments matériels » (3). Nous préférons cependant y voir un pacte plutôt qu'un simple état de fait, afin de ne pas méconnaître le rôle essentiel du consentement : « Nuptias non concubitus, sed consensus facit » (4).

Il était donc logique que rien ne vînt s'opposer à la décision

(1) La rédaction d'un *libellus repudii* n'importait pas à la validité de l'acte ; la répudiation tacite pouvait d'après certains résulter d'un second mariage (Girard, *op. cit.*, p. 171).
(2) Girard, *op. cit.*, p. 170.
(3) Girard, *op. cit.*, p. 169.
(4) Ulpien, D. XXXV, 1, xv et D. L, 17, xxx.

des époux, lorsqu'ils voulaient redevenir étrangers l'un à l'autre, puisque rien n'était venu s'ajouter à cette même décision, lorsqu'ils avaient convenu de former leur union. La volonté génératrice de la société conjugale venant à disparaître, rien ne devait subsister du statut qu'elle avait engendré. La persistance de la qualité d'époux, qui caractérise l'état de séparation, eût paru parfaitement incompréhensible, puisqu'aucun élément constitutif du mariage ne pouvait plus lui servir de support.

C'était là la conséquence d'une conception purement individualiste du pacte conjugal (1). Et c'est là en définitive qu'il faut voir l'explication de l'impossibilité de concevoir en Droit Romain la séparation de corps. Il faut à cette institution un fondement dans la constitution du mariage, distinct et indépendant de la simple volonté des époux, que ce soit l'intérêt social ou un élément religieux. Il faut que lorsque la volonté d'union disparaît, le mariage tout entier ne disparaisse pas du même coup.

L'étude du droit romain ne présente donc pas d'intérêt en ce qui concerne l'objet de notre étude, puisque nous n'entendons considérer au cours des développements qui vont suivre que la séparation de corps à l'exclusion du divorce.

§ 2. — La séparation de corps est une création du christianisme.

La conception du mariage, que nous venons de dégager du droit positif, n'était pas destinée à survivre à la civilisation romaine, et à jouir de la longue vitalité réservée par ailleurs à cette législation. Elle était trop imparfaite et trop dangereuse pour constituer une solution définitive. Aussi, tandis que le droit des obligations connaîtra la faveur des peuples jusqu'aux temps actuels, le droit matrimonial de Rome sera depuis longtemps

(1) Cette conception devait engendrer fatalement des abus. Pour les réprimer le législateur dût agir par la voie pénale (C. V, 17, viii) ; sur le terrain civil il se contenta d'édicter certaines conditions de forme touchant la publicité du repudium et la présence nécessaire de témoins (*Lex Julia de Adulteriis*, Paul D. XXIV, 2, ix pr.).

éclipsé par une discipline nouvelle : Le Droit Canonique, dont on peut dire qu'elle a fondé la famille moderne (1).

C'est qu'il n'est pas exact que le mariage soit un pacte purement privé. Cicéron et Modestin avaient raison d'en proclamer une conception plus haute, même à l'encontre du droit appliqué. La famille, formée par le mariage, est en réalité une cellule sociale constitutive de la Cité. Comment ce principe va-t-il se traduire dans l'organisation juridique ?

La Société demande à la famille de former chez l'enfant les qualités qui en feront un citoyen. Cette formation de l'esprit et du cœur est une tâche de longue haleine. Il faudra donc pour l'accomplissement de cette fonction sociale du mariage, que la famille qu'il fonde soit stable. Que serait, en effet, l'éducation morale donnée au sein d'un foyer sans cesse renouvelé au gré de volontés capricieuses ? (2) Et surtout la Cité n'a-t-elle pas juste raison de craindre, mal plus grave encore, que la perspective de changer de compagnon d'existence n'entraîne les époux à la restriction des naissances, car l'enfant est une gêne pour le remariage ?

Pour ces deux raisons essentielles, la seconde même vitale, le mariage conçu en fonction de l'intérêt social fera naître un lien soustrait à la volonté des conjoints.

Si, d'autre part, le mariage est de plus conçu comme un acte religieux, il exigera par là même un respect plus grand que les simples contrats ordinaires ; il ne pourra plus se dissoudre comme eux, par crainte d'offenser la divinité. « Quod Deus conjunxit, homo non separet » (3) proclamera l'Evangile. Ce caractère concourra donc avec le premier à la perpétuité du lien.

Le pacte temporaire du Droit Romain deviendra donc en

(1) V. Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, 2 vol. (1re éd., 1891). Vacant, Mangenot et Amann, *Dictionnaire de Théologie catholique*, vo Mariage (t. IX, 2e partie, 1927), sect. 1 et 2 : « *Le mariage d'après la Sainte Ecriture et au temps des Pères* », par L. Godefroy (col. 2044, 2123) ; sect. 3 : « *La Doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an Mille*, par G. Le Bras (col. 2123, 2317).

(2) Le Droit romain semble enfin, au milieu du ve siècle, avoir pris conscience de cet intérêt des enfants au maintien durable du mariage : « Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi praecipimus : solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse, favor imperat liberorum (C. V, 17, viii, Théodose II et Valentinien III, 449).

(3) Saint Matth., XIX, 6.

principe un pacte perpétuel, et les époux, sachant qu'ils ne pourront le rompre arbitrairement, attacheront plus de soin à le bien conclure.

De cette façon seront satisfaites les exigences de la Société, et celles de la loi divine. Mais n'est-ce pas sacrifier par contre, les intérêts de l'individu, que de le contraindre à demeurer toujours dans les chaînes d'une union qui peut se trouver malheureuse ? Les intérêts de l'individu ne sont pas moins sacrés que ceux de la Cité, ils ont également droit à la sollicitude du législateur.

L'Histoire va nous dire comment s'est accomplie l'évolution des idées sur ce point, et quelle solution fut donnée à ce conflit.

Ce n'est pas sous l'influence de l'intérêt social que s'opéra cette réforme profonde ; elle fut l'œuvre exclusive d'une doctrine religieuse nouvelle qui fit rayonner par le monde la loi de charité.

Le Christ, en effet, prononça les paroles qui consacrent l'indissolubilité du mariage. Elles nous sont rapportées par saint Luc en ces termes : « Omnis qui dimittit uxorem suam et alteram ducit moechatur ; et qui dimissam a viro ducit, moechatur. (1) » Saint Marc les reproduit également : « Quicumque dimiserit uxorem et aliam duxerit, adulterium commitit super eam. Et si uxor dimiserit virum suum et allii nupserit, moechatur. (2) »

C'était là la condamnation absolue du divorce, l'indissolubilité du lien devait être parfaite.

Mais, de son côté, saint Mathieu semble apporter à la prohibition une restriction importante, qui devait être la source d'une interprétation divergente. Cette restriction avait dû lui paraître essentielle, car il l'affirme à deux reprises : « Dictum est autem : quicumque dimiserit uxorem suam det ei libellum repudii. Ego autem dico vobis : quia omnis qui dimiserit uxorem suam, *excepta fornicationis causa*, facit eam moechari, et qui dimissam duxerit adulterat » (3) ; et plus loin : « Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam *nisi ob fornicationem* et aliam duxerit, moechatur. (4) »

(1) Saint Luc, XVI, 18.
(2) Saint Marc, X, 11-12.
(3) Saint Matth., V, 31-32.
(4) Saint Matth., XIX, 6 à 9.

Néanmoins l'opinion dominante parmi les Pères fut favorable à l'indissolubilité absolue (1). L'autorité de saint Paul (2) et de saint Augustin (3), en particulier, devait assurer à cette thèse l'adhésion de l'Eglise catholique tout entière (4).

Même dans l'hypothèse visée par saint Mathieu, elle décida en conséquence que l'époux a seulement le droit de s'éloigner de sa femme adultère, sans jamais pouvoir contracter un nouveau mariage. Et c'est cette permission limitée, accordée au conjoint offensé, qui va constituer la solution du conflit reconnu plus haut.

En outre, il lui sera recommandé, sinon même prescrit, d'accorder le pardon de ses fautes au coupable, et de ne jamais s'éloigner de lui sans esprit de retour (5).

(1) On peut citer en sens contraire Tertullien, Origène, Saint Jean Chrysostôme, Saint Epiphane et Lactance (v. ESMEIN, *op. cit.*, II, p. 48 s).

(2) *Epist. ad Rom.*, VII, 13 ; *I ad Cor.*, VII, 10-11 ; *Ephès.*, V, 21.

(3) Cependant SAINT AUGUSTIN avait exposé dans son traité « *De fide et operibus* » que le mari qui répudie sa femme adultère et se remarie commet seulement un péché véniel : cap. 19 : « In ipsis divinis sententiis ita obscurum est utrum et iste, cui quidem sine dubio adulteram licet dimittere, adulter tamen habeatur si alteram duxerit, ut quantum existimo, venialiter ibi quisque fallatur. » (PL., t. 40, col. 197, s.).

On remarque la même hésitation dans le canon X du Concile d'Arles de 314 : « De his qui conjuges suas in adulterio deprehendunt, et iidem sunt adolescentes fideles, et prohibentur nubere, placuit ut inquantum possit consilium eis detur, ne viventibus uxoribus suis, licet adulteris, alias accipiant. » (MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, t. 2.)

SAINT AUGUSTIN expose néanmoins dans ses autres traités la doctrine de l'indissolubilité absolue, v. *De bono conjugali*, c. 7 ; *De nuptiis et concupisc.* lib., I, c. X, nº 11 ; *De conjugiis adulterinis*, lib. II, c. 4 : « Quamvis enim sit mors adulterium, non corporis, sed quod pejus est, animae : non tamen et de ista morte loquebatur Apostolus, cum dicebat, *Quod si mortuus fuerit vir ejus*, cui vult nubat, sed de illa sola qua de corpore exitur (PL., t. 40, col. 451, s.).

(4) L'Eglise d'Orient, de son côté, a conservé le divorce ; d'autre part la Réforme protestante a également interprété la restriction de Saint Mathieu comme permettant le divorce dans le cas d'adultère.

(5) HERMAS, *Liber Pastoris*, mandat., IV. I, 4-8 : « Ego dixi pastori : Domine... Quid, si mulier dimissa penitenciam egerit, et voluerit ad virum suum reverti, nonne recipietur a viro suo ? Et dixit michi : Immo, si non receperit eam vir suus, *peccat*, et magnum peccatum sibi amittit, sed debet recipere peccatricem, que penitentiam egit. Ergo non debet dimissa coiuge sua vir aliam ducere. Hic actus similis est in viro et muliere. » (C. XXXIV, q. 1 et 2, c. vii. PALEA).

Cf. SAINT AUGUSTIN, *De adulterinis conjugiis*, c. 9, nº 8 : « Neque erit turpis neque difficilis etiam post patrata atque purgata adulteria reconciliatio coniugii, ubi per claves regni celorum non dubitatur fieri remissio peccatorum ; non ut post viri divortium adultera revocetur, sed ut post Christi consortium adultera non vocetur (C. XXXII, q. 1, c. viii).

La séparation de corps est donc, en somme, un compromis entre l'obligation pour les époux de demeurer toujours unis, qui résulte des paroles du Christ, et l'impossibilité pour eux, lorsque survient un désaccord profond et durable, de continuer à cohabiter. Elle témoigne, d'une part, de l'intangibilité du principe, en ne permettant jamais aux parties vivant à part de conclure une seconde union, et par suite, en faisant toujours réputer adultère celui d'entre eux qui aurait des relations avec un tiers. Elle assure par ailleurs le respect du droit légitime de l'individu, en reconnaissant à celui pour qui l'existence commune constituerait une peine ou une offense qu'il n'a pas méritée, le droit de cesser toutes relations avec son conjoint. C'est qu'il ne suffisait pas de proposer aux consciences l'idéal d'une union perpétuelle, pour supprimer par là même les causes de discorde.

Ainsi, tandis que le divorce opère la dissolution du mariage, la séparation de corps a seulement pour effet de détendre le lien conjugal sans le rompre ; elle délie les époux du devoir de cohabitation.

Après avoir montré pourquoi le Droit Romain ignorait la séparation de corps, et comment cette institution est née de la doctrine chrétienne du mariage, la question se pose de savoir suivant quels modes s'est opérée la substitution de cette séparation au divorce, et, plus spécialement, si une séparation consensuelle a pris la place du divorce par consentement mutuel. Nous examinerons tout d'abord comment l'institution romaine a disparu du droit, et en second lieu de quelle manière et à quelle époque la séparation de corps a reçu une organisation juridique. Car, si l'Ecriture contenait bien la condamnation formelle du divorce, elle ne renfermait par contre aucune prescription concernant la séparation.

§ 3. — La persistance du divorce dans la Société chrétienne.

On ne doit pas s'attendre à un triomphe immédiat de la condamnation prononcée par le Christ : le divorce avait trop profondément pénétré la Société romaine pour qu'un brusque revi-

rement du droit fût possible. La tradition et les habitudes d'un peuple constituent une force de résistance, contre laquelle viennent se heurter les innovations même les mieux justifiées.

D'ailleurs la lutte ne pouvait commencer entre l'idée nouvelle et les mœurs, avant que ne fût accomplie une conversion générale par la prédication de l'Evangile. Il fallait d'abord conquérir les consciences avant que de songer à modifier le droit.

C'est seulement au début du IVe siècle, avec l'Empereur Constantin (1), que le Christianisme arrive au pouvoir. A partir de cette date son influence sur la législation est certaine, et l'ensemble des lois de cette période qui s'étend jusqu'à Justinien, est couramment appelée du nom de Droit Romain Chrétien.

Il semble que la lutte pour l'indissolubilité va être engagée aussitôt.

Dès l'année 331 paraissait « la première loi chrétienne contre le divorce », elle visait spécialement le repudium, ou rupture par la volonté d'un seul (2). Dans cette constitution, Constantin soumettait la légitimité de la répudiation à des conditions strictes. Elle n'était plus permise, en effet, que contre la femme adultère, empoisonneuse ou entremetteuse, ou contre le mari homicide, empoisonneur ou violateur de sépultures ; si elle intervenait dans d'autres hypothèses, les peines les plus graves punissaient son auteur.

Cette intervention énergique marquait sans doute la volonté de poursuivre une prohibition plus complète, mais les promesses qu'un si beau début enfermait ne furent pas réalisées ; et même, les prescriptions qui avaient ainsi été prises ne purent pas être maintenues.

Un peu plus d'un siècle plus tard, en 449, une constitution de Théodose II et Valentinien III venait, en effet, allonger singulièrement la liste des causes permises de répudiation, et atténuer les sanctions (3).

Enfin dans le droit des Novelles, si cette matière fut reprise par le législateur, ce ne fut que pour en préciser les hypothèses légales et punir le conjoint qui y recourait sans motif, ou y don-

(1) Edit de Milan, 313.
(2) Code Théodosien, III, 16, *De repudiis* i.
(3) C. V, 17, *De repudiis*, viii.

nait lieu par sa faute ; c'est-à-dire pour en consacrer à nouveau la licéité (1).

Le Droit Chrétien ne réussit donc pas à effacer des lois le repudium, tout son effort n'aboutit qu'à réprimer les abus de son exercice arbitraire.

Contre le « divortium communi consensu » la lutte allait-elle être plus heureuse ?

L'intervention du législateur fut beaucoup plus tardive (2), puisque c'est Justinien qui le premier apporta une restriction à la faculté des époux d'y avoir recours. Toutefois son intervention paraissait décisive.

Par la Novelle 117, chapitre X, il prohibait, en effet, en 542 le divorce par consentement mutuel (3). S'il paraissait encore maintenir une exception à cette règle, ce n'était plus là, en réalité, qu'une apparence ; car elle constituait une hypothèse de séparation de corps, les parties étant privées du droit de se remarier. Le biais qui permettait d'atteindre ce résultat consistait à exiger d'elles le prononcé d'un vœu de chasteté, dont la violation devait être punie de la confiscation de leurs biens. On croit donc assister à cette date à la substitution de la séparation au divorce, plus spécialement à l'apparition de la

(1) Nov. 22.

(2) Un texte d'Anastase (C. V, 17, ix) de l'année 497, affirme la persistance de son principe : « Si constante matrimonio, communi consensu tam viri quam mulieris, repudium sit missum, quo nulla causa continetur, quae consultissimae constitutioni divae memoriae Theodosii et Valentiniani inserta est : licebit mulieri non quinquennium expectare, sed post annum ad secundas nuptias convolare ».

(3) Auparavant par la Novelle 22, ch. 4, il en avait au contraire affirmé l'existence.

Nov. 117, ch. 10 : « Quia vero ex consensu aliqui usque ad proesens alterna matrimonia solvevant, hoc de caetero fieri nullo sinimus modo, nisi forte quidam castitatis concupiscentia hoc fecerint... Si quis autem horum aut maritus forsan aut uxor, postquam propter castitatem ex consensu solverit matrimonium, inveniatur alias contrahens nuptias, aut luxuriose vivens : jubemus, si quidem (sicuti dictum est) filii fuerint ex memorato conjugio, super dotem et propter nuptias donationem, cis tradi et proprietatem pene substantiae illius quae convicitur deliquisse personae... Si autem ambo parentes in hujusmodi vitium incidant, tunc utriusque parentis substantiam filiis applicari... Si autem filii non sint, utriusque personae substantiam fisci rationibus applicari, et eos qui talia deliquerunt legitimus subdi suppliciis. *Aliter enim separationem matrimoniorum fieri ex consensu, nulla ratione permittimus.* »

séparation consensuelle à la place du divorce par consentement mutuel ; et l'on serait tenté d'accorder à ce texte la qualité d'acte de naissance de la nouvelle institution. Il ne restait plus, semble-t-il, qu'à adjoindre une nullité à la sanction pénale, pour que sur ce terrain l'indissolubilité fût parfaite.

Mais là encore les habitudes résistèrent, « Quia vero aliqui nostram legem transcendere student... » déclarait Justinien dans la Novelle 134 (1) qu'il promulgait en 556, pour essayer de les vaincre. Par cette seconde disposition il frappait les coupables d'internement à vie dans un monastère. Mais cette rigueur fut vaine.

La réforme que nous trouvions tardive, était prématurée ; à peine née, elle était révoquée et ne devait plus reparaître en Droit Romain Chrétien.

Par la Novelle 140, en effet, le divorce par consentement mutuel reprenait en 566 une existence nouvelle (2). Elle était l'œuvre de Justin II, le successeur de Justinien, qui avait cru devoir la faire débuter par une longue réhabilitation du divorce.

Nous arrivons au terme de l'activité juridique de l'Empire, depuis deux siècles au moins sa population est chrétienne, et cependant le droit qui la régit a consacré l'échec d'un principe expressément formulé par le Christ.

Le repudium est à peine entamé par des mesures pénales, le

(1) Nov. 134, ch. II : « Quia vero aliqui nostram legem transcendere student, in qua evidenter causas enumeravimus, ex quibus solum repudia possunt transmitti aut a viro, aut a muliere, jubemus praeter illas causas nullo modo repudia fieri, *aut per consensum nuptias solvi*, et concedere invicem delictis. Si vero praeter a nobis definitas causas praesumpserint aliqui solvere matrimonium : jubemus... tam virum quam mulierem in monasterium mitti in omnibus vitae suae temporibus et de singulorum facultatibus quaternas uncias monasteriis in quibus mittuntur separari... Si vero neque discendentes neque ascendentes inveniantur, et ascendentes consenserint facto ; jubemus omnem substantiam monasteriis, in quibus missi sunt, dari : ut non propter hunc contemptum, et *Dei judicium contemnatur*, et nostra lex transgrediatur. Sed et ministros talis solutionis nuptiarum...corporalibus pœnis subjici jubemus, et in exilium destinari... »

(2) Nov. 140 : Ut consensu matrimonium solvi possit.

Cette disposition devait rester en vigueur dans l'Empire d'Orient jusqu'à Léon le Philosophe (888-911), qui la fit disparaître dans la législation des Basiliques. (ZACHARIAE, *Geschichte des griechisch-rômischen Rechts*, 3e éd., 1892, p. 55.)

divorce est intact, l'indissolubilité demeure dans le domaine exclusif des consciences. Tel est le bilan dont on peut tirer enseignement.

La foi religieuse contient, certes, une puissance souvent plus forte que la coercition des lois, mais ici elle avait rencontré dans les mœurs de la Société romaine une résistance contre laquelle ses efforts étaient restés, en définitive, impuissants.

« L'Eglise n'était pas encore maîtresse de la Société civile. »

* * *

Nous avons suivi l'évolution du droit jusque dans les Novelles du Bas-Empire, mais cette législation n'était déjà plus appliquée à l'ensemble du Monde Romain. En effet, la destinée de Rome s'achève, les invasions barbares ont forcé les frontières, et l'année 476 marque la chute de l'Empire d'Occident.

Les mesures de Justinien contre le divorce par consentement mutuel, postérieures à cet événement, ne reçurent donc application qu'en Orient, pendant la durée éphémère où elles furent en vigueur.

Les Romains d'Occident, désormais soumis aux barbares, ne perdirent pas cependant l'usage de leur droit. Les civilisations ainsi mises en contact étaient trop profondément dissemblables pour qu'une unification fut possible, et les codes rédigés avant la conquête (1), profitant du prestige de leur forme écrite et de leur perfection déjà remarquable, s'imposèrent au respect des vainqueurs. Cependant ces recueils se trouvèrent bientôt trop savants, et trop considérables, pour être appliqués facilement dans une Société, où l'éducation juridique suivait le déclin de la lumière antique. Alors, les rois des peuples barbares firent rédiger à l'usage de leurs sujets romains des compilations abrégées écrites en latin vulgaire.

C'est dans ces nouveaux recueils que nous allons chercher ce que devenait l'influence chrétienne au milieu des bouleversements

(1) Codes Grégorien, Hermogenien et Theodosien, ce dernier seul officiel avait été promulgué en 438 par Théodose II en Orient, et Valentinien III en Occident.

politiques ; car l'Eglise avait surmonté le naufrage, son sort n'était pas lié à celui de l'Empire.

Dans le royaume des Wisigoths, Alaric II fit procéder en 506 à la confection de cette nouvelle « Lex Romana ». Elle ne faisait toutefois que reproduire, en la matière, les dispositions antérieures qui avaient restreint l'usage du repudium, en exigeant qu'il n'intervint que pour une juste cause (1).

De même chez les Burgondes le « Papien », peut-être composé vers 516, n'introduisait aucune innovation. Mais au lieu de consacrer seulement implicitement le matintien du « divortium bona gratia », par une stipulation rappelant une Novelle de Théodose de 439, il édictait expressément sa validité (2).

La domination wisigothique en Gaule tomba en 507, la chute du royaume Burgonde suivit en 534, mais ces deux textes désormais réunis, demeurèrent dans la Monarchie franque l'expression officielle du Droit Romain, tant que dura le système de la personnalité des lois. Le Christianisme ne marquait donc aucun progrès, la situation restait inchangée.

Pour les peuples envahisseurs « il ne pouvait être question d'abandonner leurs coutumes nationales » ; leur droit n'était pas rédigé, il était fait de traditions et d'usages, propres à chaque race et d'un caractère primitif.

Ce droit flottant et divers allait se trouver en concours avec les lois romaines demeurées en vigueur, par le jeu bien connu du système de la loi personnelle. D'autre part, l'Evangile devait se répandre rapidement parmi les barbares, car le Christ avait prescrit d'enseigner toutes les nations. Les coutumes importées allaient donc être immédiatement soumises à un double courant d'influence.

(1) G. Haenel, *Lex Romana Visigothorum* (Leipzig, 1849), p. 92. lib. III, tit. XVI, *De repudiis*, nº 1 « ... Interpretatio : Certis rebus et probatis causis, inter uxorem et maritum repudiandi locus patet ; nam levi objectione matrimonium solvere prohibentur... »

nº 2 : « Mulier, quae repudii a se dati oblatione discesserit si nullas probaverit divortii sui causas, abolitis donationibus quas sponsa perceperat, etiam dote privetur, deportationis addicenda suppliciis ; cui non solum secundi viri copulam, verum etiam postliminii ius negamus... »

(2) De Salis, *Leges Burgondionum* (MGH in-4º, Leges, sect. I, t. I. pars. I, Hanovre, 1892) III, *Lex Romana*, tit. XXI. *De divortiis*, 1 : Consensu partis utriusque repudium dare et matrimonium posse dissolvi.

La famille germanique antérieure aux invasions était constituée sur un type moins évolué que la famille romaine. Le mariage, a-t-on soutenu, se concluait encore par achat (1). Le fiancé versait le prix, fixé d'abord après entente puis devenu purement symbolique, au père ou au « mondoaldus » de la fiancée. Une fois conclue, l'union ne pouvait plus être dissoute que par le mari au moyen de la répudiation, lorsqu'il avait une juste cause, peut-être même d'une façon arbitraire.

Cet état devait bientôt disparaître. Allait-il le faire sous l'action de l'Evangile, ou celle des lois romaines ? Les barbares allaient-ils recevoir le principe d'indissolubilité, ou bien au contraire adopter le divorce par consentement mutuel ? A Rome, l'Eglise s'était heurtée à une discipline juridique fortement construite ; contre les coutumes germaines sa tâche semblait plus facile.

C'est dans les recueils que les rois firent alors rédiger pour leurs peuples, suivant le mode romain, que nous pourrons découvrir le sens de cette transformation.

Chez les Burgondes, la loi que fit composer le roi Gondebaud (474-516), qui lui laissa son nom, révèle une imitation évidente du code Théodosien. En effet, elle prévoit que le mari n'aura la faculté de répudier sa femme, que lorsqu'elle sera coupable d'adultère, de maléfices, ou de violation de sépultures. Celle-ci, de son côté, se voyait par contre interdire le droit de recourir au même moyen ; et c'était là la persistance des idées primitives. D'ailleurs, tandis que le premier n'était puni que de la privation de ses biens, s'il méconnaissait les conditions prescrites, cette dernière était dans le même cas frappée de mort (2). Du divorce proprement dit il n'était pas question.

La loi des Wisigoths marque bien davantage l'influence chrétienne. Dans sa première version due à Euric (466-484), autant que nous pouvons le savoir par les fragments qui nous en restent,

(1) Viollet, *Histoire du Droit civil français*, p. 403.

(2) De Salis, *op. cit.*, I *Liber Constitutionum sive Lex Gundobada*, XXXIV, *De divortiis*, I : Si qua mulier maritum suum, cui legitime est iuncta, dimiserit, necetur in luto.

2. Si quis uxorem suam sine causa dimiserit, inferat ei alterum tantum, quantum pro pretio ipsius dederat, et multae nomine solidos XII.

3. Si quis vero uxorem suam forte dimittere voluerit, et ei potuerit vel unum de his tribus criminibus adprobare, id est : adulterium, male-

elle se bornait encore à refuser à l'épouse le droit au repudium (1). Mais deux événements devaient contribuer à modifier bientôt cette conception, le passage des Wisigoths, désormais fixés en Espagne, de l'arianisme au catholicisme, sous Récarède Ier (586-601), et, d'autre part, l'unification du droit entre les sujets du royaume sous Chindaswind, qui remplaça la « lex romana » et la loi d'Euric par une législation commune en 654. Cette nouvelle compilation, en effet, interdisait absolument le divortium, et n'autorisait plus le repudium de la part du mari, que dans les termes mêmes de l'Evangile selon saint Mathieu : « excepta manifesta fornicationis causa (2) ». L'Eglise triomphait donc ; toutefois, nous l'avons dit, cette disposition ne devait pas recevoir application dans la monarchie franque.

Au contraire, chez les Alamans, le « Pactus » défendait au mari de répudier sa femme à peine de déchéances et d'amende, mais par contre il admettait expressément le divorce par consentement mutuel ; disposant qu'il fallait procéder dans ce cas à un partage égal des « lectaria » (3). La loi des Bavarois stipu-

ficium, vel sepulchrorum violatricem, dimittendi eam habeat liberam potestatem ; et iudex in eam, sicut debet in criminosam, proferat ex lege sententiam.

4. Quod si de his tribus facinoribus nihil admiserit, nulli virorum liceat de altero crimine uxorem suam dimittere. Sed si maluerit, exeat de domo, rebus omnibus dimissis, et illa cum filiis suis quae maritus habuit potiatur. »

(1) K. Zeumer, *Leges Visigothorum* (MGH, in-4°, Leges, sect. I, t. I. Hanovre-Leipzig, 1902) III.6.1. *Antiqua* : Si mulier viri sui iuste vel iniuste divortium patiatur.

(2) K. Zeumer, *op. cit.*, III.6.2. *Flavius Chindasvindus rex* : Ne inter coniuges divortium fiat... Quia ergo plerosque tam precipites habet vel rerum ambitio vel effrenata libido, ut quadam fraude, coniugibus suis spretis, alias videantur uxores adpetere, constitutionis huius est perenniter forma servanda : ut nullus virorum, excepta manifesta fornicationis causa, uxorem suam aliquando relinquat et neque per testem, neque per scripturam, seu sub quocumque argumento facere divortium inter se et suam coniugem audeat. Sed si adulteram maritus dixerit fortasse redarguendam, iuxta legem aliam, eius publice scelere comprobato, a iudice sibi traditam, faciendi de ea quod voluerit sit illi potestas. Certe si conversionis ad Deum voluntas extiterit, communem adsensum viri scilicet et mulieris sacerdos evidenter agnoscat, ut nullam postmodum cuilibet eorum ad coniugalem aliam copulam revertendi excusatio intercedat...

(3) K. Lehmann, *Leges Alamannorum* (MGH, in-4°, Leges, sect. I, t. 5, pars. I, Hanovre, 1888). *Pactus*, fragm. III.1 : Si mulier maritum datu sine procreatione aliqua mortua fuerit, et omnes res eius ad parentes reddantur, quicquid per legem obtingat.

2. Et si maritum supervixerit, tota lectuaria ei concedantur. Si volun-

lait des sanctions analogues contre le conjoint qui renvoyait son épouse, mais seulement s'il le faisait sans motif valable, et, par ailleurs, ne prévoyait pas le divortium (1).

Enfin l'« Edictus Rothari » des Lombards octroyait seulement au mari la faculté de tuer sa femme et son complice, s'il les surprenait en flagrant délit ; cette loi toutefois devait ensuite être complétée par un texte semblable aux précédents, punissant toute répudiation maritale injuste, suivie de remariage (2).

Ainsi les deux facteurs juridique et religieux avaient exercé chacun une action importante, le principe d'indissolubilité triomphait partiellement chez les Wisigoths, le divorce consensuel était accueilli par les Alamans : les autres peuples, de leur côté, sans avoir évolué aussi notablement, restreignaient l'usage du repudium et continuaient à le refuser à l'épouse. D'une façon générale la tendance restrictive paraissait l'emporter.

* * *

Ces différentes « leges », romaine et germaine, vont demeurer en vigueur dans la monarchie franque, par suite du maintien du système de la personnalité des lois. Cependant, malgré sa per-

taria se partire volunt, tollant, quod eam per lege obtinget. Lectaria parciant aequale.

3. Si maritus uxorem suam dimittet, 40 solidos ipse componat et de mondo [mundio] suo non habeat potestatem et omnia ei reddat, quod ei per lege obtingit. Si reportat aliquid, potestatem habeat femina ipsa habet [debet] solidos 12 solvat. »

(1) De Schwind, *Leges Baiwariorum* (MGH. in-4°, Leges, sect. I, t. 5, pars. 2. Hanovre, 1926). VII. 14 : Si quis liber liberam uxorem suam sine aliquo vitio per invidiam dimiserit, cum XLVIII solid componat parentibus.

Mulieri autem dotem suam secundum genealogiam suam solvat legitime, et quicquid illa de rebus parentum ibi adduxit, omnia reddatur mulieri illi.

(2) F. Bluhme, *Edictus Langobardorum* (MGH in-f°. Pertz, Leges, t. IV. Hanovre, 1868). *Edictus Rothari*, n° 212 : Si quis cum uxorem suam alium fornicantem invenerit, liberum aut servum, potestatem habeat eos ambos occidendi ; et si eos occiderit, non requirantur.

Leges a Grimowaldo additae, n° 6 : De uxoribus dimittendis. Si quis uxorem suam absque culpam legitimam posposuerit, et alia in domo superinduxerit, componat solidos quingentos, medietatem regi et medietatem parentibus mulieris ; mundio vero eius mulieris quam postposuit, amittat ; et si noluerit ad maritum suum reverti, revertatur at parentes suos cum rebus suis et mundium.

sistance, pendant trois siècles au moins (1), une transformation due à la fusion progressive des races, va s'opérer dans le sens de l'unification du droit.

Pour suivre cette évolution profonde, qui s'est produite par la force des choses, une catégorie nouvelle de documents va nous être d'un précieux secours. La loi, en effet, ne constitue pas à elle seule tout le Droit. Il déborde souvent le cadre étroit des textes pour répondre aux besoins du milieu social où il vit ; et, parfois opposé aux prescriptions théoriques des codes, il trouve sa traduction dans les actes de la pratique.

L'usage de constater par écrit la conclusion des opérations juridiques s'était répandu de bonne heure parmi les barbares, à l'imitation des habitudes romaines. Pour faciliter la rédaction de ces actes, les « notarii » auxquels il fallait recourir dans cette société où peu d'hommes connaissaient l'écriture, utilisaient des modèles ou formules (2). C'est par l'étude de ces formules que nous pourrons savoir, à défaut des titres concrets dont un grand nombre a disparu, quel était le droit réellement appliqué dans la monarchie franque.

Plusieurs collections, datant des époques mérovingienne et carolingienne, nous sont en effet parvenues (3), qui comprennent sous le nom de « libellum repudii », en réalité, un modèle de « divortium bona gratia ».

L'institution romaine, à l'origine ignorée des barbares, devait enfin connaître une fortune étonnante. Son existence est attestée par le recueil de Marculfe, qui vraisemblablement a été composé dans la région parisienne vers l'an 650 (4) ; elle nous

(1) Esmein, *Histoire du droit français*, p. 54 : Au IXe siècle, Agobard, évêque de Lyon, écrivait que souvent cinq hommes se trouvaient réunis, qui vivaient sous cinq lois différentes...

(2) Esmein, (*op. cit.*, p. 55) attribue à l'usage même des formules une influence unificatrice : « ... comme les hommes qui faisaient profession de rédiger ces actes, les notarii, ne savaient les rédiger que d'après le droit romain, dans des formules traditionnellement reproduites, les barbares prirent forcément l'habitude de contracter dans ces cas selon la loi romaine. »

(3) De Rozière, *Recueil général de formules usitées dans l'Empire des Francs du Ve au Xe siècle* (3 vol. 1861).

Zeumer, *Formulae Merowingici et Karolini aevi* (MGH, Leges, sect. V, Hanovre, 1882-86).

(4) De Rozière, CXI ; Zeumer, *Marc.*, II-30.

Sans vouloir entrer dans le détail des controverses que cette question

est également révélée par le recueil d'Angers, de la seconde moitié du VII^e siècle (1), et le recueil de Tours du milieu du VIII^e (2). Deux autres collections encore, les formules « Salicae Merkelianae » (3) et les « Cartae Senonicae » (4) contiennent un modèle de cet acte, manifestement imité des recueils précédents. L'énumération de ces sources montre déjà combien s'était répandu ce divorce, et quel succès avait suivi l'adoption timide du début.

Le contenu commun de ces diverses formules peut être rendu dans les termes suivants : « Attendu que la discorde règne parmi les époux à la place de l'amour, en sorte que la vie commune n'est plus possible entre eux, la rupture du mariage a été décidée par l'accord de leurs deux volontés, ce qui maintenant est chose faite. En foi de quoi les présentes lettres ont été rédigées, afin que l'un et l'autre aient toute liberté de se retirer dans un monastère ou de contracter un nouveau mariage. » Et, comme s'il s'était agi de n'importe quelle transaction, une clause pénale, fixant le chiffre d'une amende, était prévue pour le cas où l'une des parties aurait violé le texte de cette convention ; « afin que, le mariage étant dissout, chacun puisse demeurer en paix dans la voie qu'il aura choisie » (5).

Aucune de ces formules ne fait place à une indication de la

a soulevées entre les savants (ZEUMER, *Préface*; TARDIF, NRH, t. VIII, p. 557 et s., et t. IX, p. 363 et s. ; PFISTER, *Rev. Hist.*, t. L, 1892, pp. 43-63) nous suivons les conclusions de M. LEVILLAIN, *Le formulaire de Marculf et la Critique moderne*, dans *Biblioth. de l'Ecole des Chartes*, 1923, t. LXXXIV, p. 20 et s.

(1) DE ROZIÈRE, CXIV ; ZEUMER, *And.* 57.

(2) DE ROZIÈRE, CX ; ZEUMER, *Tur.* 19.

(3) DE ROZIÈRE, CXIII ; ZEUMER, *Merk.* 18.

(4) DE ROZIÈRE, CXII ; ZEUMER, *Sen.* 47.

(5) Ne pouvant reproduire ici toutes les formules que nous venons de citer, et qui sont très voisines l'une de l'autre, nous donnons la plus ancienne due à Marculf :

« Dum et inter illo et coniuge sua illa non caritas secundum Deum, sed discordia regnat, et ab hoc pariter conversare minime possunt, placuit utrisque voluntas ut se a consortio separare deberent, quod ita et fecerunt. Propterea has epistolas inter se uno tenore conscribtas fieri et adfirmare decreverunt, ut unusquisque ex ipsis, sive ad servitium Dei in monasterio aut copolam matrimonii sociare voluerit, licentiam habeat, et nulla requisitione ex hoc de parte proximi sui habere non debeat. Si quis vero aliqua pars ex ipsis hoc emutare aut contra pare suo repetere voluerit, inferat pari suo auri libram una, et, ut decreverunt, a proprio consortio sequestrati, in eam quam elegerint parte permaneant.

Facta epistola sub die illo, anno illo regnante illo rege.

loi applicable aux parties. Cependant, seuls les sujets, dont la loi d'origine consacrait la validité de cette institution, auraient dû, semble-t-il, pouvoir y recourir. Telle autre formule de Marculfe rappelle, par exemple, cette application de la loi personnelle (1). Si dans notre hypothèse, le « notaire », à qui les époux s'adressaient, ne devait pas s'enquérir de la loi qui régissait leur union, c'est donc que le divorce par consentement mutuel faisait alors partie de la législation qui était applicable à tous, qu'il était devenu, si l'on peut ainsi dire, une institution du droit commun.

L'examen attentif des différents recueils aide à comprendre comment cette évolution s'était faite.

Toutes ces formules présentent dans leur composition une parenté évidente ; on peut donc avancer qu'elles dérivent d'un prototype commun. Or les époux romains du Bas-Empire, décidés à rompre leur union, avaient coutume de rédiger un écrit constatant cet accord (2). C'est vraisemblablement le modèle romain le plus communément reproduit que les auteurs de nos recueils ont copié. Et ainsi les Germains, non seulement ont emprunté au Droit Romain l'institution elle-même du divorce, ils ont encore imité « l'instrumentum » qui servait à le constater.

(1) *Marculf*, I.8. Formule de nomination d'un comte (citée par Esmein, *op. cit.*, p. 53).

(2) Le premier exemple d'un acte de ce genre, que nous connaissions est daté de l'année 305 :

« Soulis, de la toparchie de Kusis, à Senpsaïs, fille de Psaïs, d'une mère Teo, de la même toparchie, salut.

« Depuis que, par quelque mauvaise divinité, il est arrivé qu'ils ont rompu l'un et l'autre leur vie commune, désormais je déclare, moi Soulis susdit, étant rempli de toutes les choses remises à elle par moi de quelque façon que ce soit, la renvoyer et ne plus jamais revenir avec elle ni quant à la vie commune, ni quant à la dot, mais je déclare qu'il lui est permis de se retirer, et de se marier comme elle voudra.

« De son côté, la susdite Senpsaïs reconnait avoir reçu de son dit Soulis tout ce qui lui avait été donné à elle à titre de dot, tous ses effets mobiliers et autres choses qui lui reviennent.

« Et tous deux déclarent que l'un et l'autre ne reviendront plus ensemble par une union fondée sur un acte écrit, ou non écrit, en général. Par quoi le divorce est parfait.

« Que le divorce fait en double, sur signature soit assuré et ferme comme ayant été déposé au greffe : et interrogé je l'ai reconnu.

« Fait la quatorzième année et la deuxième année de Nos Seigneurs Constance et Maximien Auguste. » (Grenfell et Hunt, *Greek Papyri.* Series II : *New classical fragments and latin papyri.* Oxford, 1897, nº LXXVI, pp. 119-121.)

Mais, si à l'origine cette imitation était encore fidèle, ainsi que le donne à penser le texte de Marculfe, la conception romaine allait rapidement s'altérer. Dans cette Société, en effet, où les civilisations et les races tendaient à se confondre, une institution juridique ne pouvait pas maintenir l'intégrité de sa conception primitive.

Nous l'avons dit, à Rome, seules les parties intervenaient dans la confection de ce pacte purement privé. Bientôt au contraire, dans la société franque, le pouvoir créateur de droits reconnu à la volonté seule, ne sera sans doute plus compris (1) ; et nous verrons les deux époux venir au « mallus » exposer leurs griefs, en présence du comte et des rachimbourgs. Le formulaire d'Angers, postérieur au recueil de Marculfe, atteste déjà cette pratique : « ... ut insimul esse non potemmus, dit-il, proinde convenit nobis *ante bonis hominibus* ut advicem nos relaxare deberemus... ». La formule 19 de Tours emploie une expression moins directe, mais dont le sens ne saurait échapper : elle débute, en effet, par ces mots : « *Certis rebus et probatis causis* inter maritum et uxorem repudiandi locus patet ». Où, sinon au mallus, cette preuve aurait-elle pu se faire ? D'ailleurs, cette interprétation ne saurait plus faire aucun doute, en présence de la formule 18 des « Salicae Merkelianae » dont le texte est formel : « *...ideo venientes pariter illo mallo, ante illum comitem vel reliquis bonis ominibus...* »

Il ne faut pas d'ailleurs s'abuser sur le rôle de cette intervention judiciaire : le comte et les « boni homines » contrôlaient sans doute la sincérité des deux consentements, peut-être même la réalité des griefs, mais ils ne prononçaient pas de sentence. La dissolution du mariage était toujours l'œuvre des volontés des époux, les formules sont très nettes sur ce point : « ...ante illum comitem vel reliquis bonis ominibus, *placuit utrasque voluntates ut se a consortio separare deberent*, quod ita et fecerunt... » (2).

Le pacte purement privé des Romains s'était donc transformé en une convention judiciaire. Le divorce par consentement mutuel était devenu, dirions-nous aujourd'hui, un acte de juridiction gracieuse.

(1) V. Brissaud, *Histoire du Droit privé*, 1907, p. 420 s. ; Viollet, *op. cit.*, p. 594 s.
(2) *Merk.*, 18.

Et tandis que chez les Romains, la rédaction d'un titre était facultative, il ressort des formules que cette formalité était devenue substantielle : « Propterea praesentes aepistolas... conscriptas ...ut unusquisque ex ipsis... nulla requisitione ex hoc de parte proximi sui habere pertimescat ».(1). A défaut de la présentation de ce titre en justice, un époux aurait pu contraindre l'autre à reprendre la vie commune. Il donnait donc naissance à une exception opposable à toute revendication, et l'on comprend la rubrique « Securitas », sous laquelle les « Cartae Senonicae » présentaient cette formule. Ce titre c'était, en effet, la « sauvegarde » de celui qui s'était fait une existence nouvelle, contre toute entreprise de son ex-conjoint.

Le divorce consensuel, tel qu'il est pratiqué dans la monarchie franque, est donc le résultat curieux d'une création romaine, transformée par des conceptions germaniques.

* * *

L'Eglise avait-elle donc abandonné la lutte, ou bien son influence s'était-elle amoindrie ?

En vérité, jamais elle n'avait été aussi forte ; seule de toutes les institutions de l'Empire elle avait surmonté la tourmente, et sa puissance alliait l'ascendant de la foi, au prestige attaché à l'ancienne civilisation, qu'elle seule représentait encore.

Son emprise sur la Société tout entière est rendue évidente, quelque paradoxale que semble cette idée, par le mode de rédaction même des formules de divorce par consentement mutuel.

Quelle perspective s'ouvrait, en effet, aux conjoints dont l'union venait d'être ainsi brisée ? Si la formule 19 de Tours n'apporte à cette question aucun éclaircissement : « ... ut quicquid

(1) VIOLLET, *op. cit.*, p. 599 : «Germanisation des contrats au commencement de notre Histoire... Enfin l'écriture, ou la charte contenant le contrat écrit, semble avoir pris souvent le caractère, non pas d'un moyen de preuve, mais d'un élément matériel indispensable à la naissance du contrat. »

BRISSAUD, *op cit.*, p. 439 : « Formation des contrats par l'écriture... les rédacteurs des actes de l'époque barbare crurent que c'était par l'écrit que se formait le contrat... les garanties comme la fidejussion et le gage sont remplacés dans les chartes par les clauses pénales... elles représentent la composition pécuniaire due pour tout délit. »

unusquis ex ipsis de semetipso facere voluerit... » ; Marculfe nous répond : « ut unusquisque ex ipsis, sive *ad servitium Dei, in monasterio* aut copolam matrimonii sociare voluerit, licentiam habeat... » Ainsi, alors même que la liberté la plus grande était laissée aux parties, la voie qui s'ouvrait la première à leur indécision, c'était de se retirer dans un monastère pour s'y consacrer au service de Dieu. On peut encore ajouter cet indice : l'affection conjugale, dont la disparition était présentée comme cause de la décision des conjoints, était traduite par ces mots « caritas secundum Deum » (1). Or, il est permis de croire qu'une semblable expression était le signe de la direction habituelle des pensées.

A cette démonstration, on pourrait objecter que durant cette période de l'histoire, où l'écriture avait à peu près disparu, seuls les clercs étaient assez instruits pour rédiger les actes juridiques, qu'on ne saurait en conséquence prendre argument de la façon dont s'y trouvaient exprimées les idées.

Mais en réalité cette objection vient à l'appui de notre thèse, car elle rend manifeste cette constatation que la vie intellectuelle tout entière s'était alors retirée dans l'Eglise, source de sa puissance.

Ainsi, c'étaient des clercs qui rédigeaient ces actes que la foi réprouvait, et c'est un moine, Marculfe, qui non content de nous conserver cette formule, copiée sans doute dans les archives de l'évêché de Paris, avait dédié le recueil dont elle faisait partie à son évêque Landri (2).

De tout cet ensemble de faits, une conclusion nécessaire se dégage : l'Eglise durant les siècles qui ont suivi les invasions, a toléré ouvertement, dans son application pratique et courante, le divorce par consentement mutuel. Et, seule cette conclusion nous permet de comprendre comment dans un milieu où son rôle était tel, le divortium du Droit Romain, contre lequel au Bas-Empire elle avait combattu, avait pu non seulement subsister, mais encore prospérer et gagner partout droit de cité.

(1) *Marc.*, II, 30 ; *Tur.*, 19 ; *Merk.*, 18 ; *Sen.*, 47.

(2) Marculfe a dédié son recueil à un évêque du nom de Landri. Zeumer pense qu'il s'agit de Landri, évêque de Meaux au début du VIII^e^ siècle ; Pfister soutient qu'il s'agit de Landri évêque de Metz ; Tardif et M. Levillain soutiennent l'opinion traditionnelle que nous reproduisons.

Pourquoi cette attitude ?

Etait-ce la conséquence d'un revirement de sa doctrine ? On ne saurait sérieusement le prétendre, car hier encore au Concile d'Orléans de l'an 553, elle condamnait expressément le divorce par consentement mutuel : « Contracta matrimonia accedente infirmitate nulla voluntates contrarietate solvantur. Quod si qui ex coniujibus fecerint, noverint se communione privandos (1) ».

Ainsi, quant aux principes, l'Eglise avait gardé son attitude première, mais la Société qu'elle devait enseigner avait profondément changé. Alors que sous l'Empire les consciences étaient prêtes, après Sénèque et Marc Aurèle, à comprendre et aimer toutes ensemble les vérités nouvelles ; le monde barbare, où maintenant elle devait reprendre sa mission, était trop éloigné de sa doctrine que pour l'embrasser d'une seule fois. Les mœurs alors étaient trop rudes, la soumission de l'épouse trop servile (2), la violence trop fréquente dans les relations conjugales, pour que la loi de charité put soudain se faire recevoir. La grande tâche de l'Eglise sera donc, pendant ces quelques siècles, de transformer le milieu familial, d'y relever la condition et la dignité de l'épouse. Les couvents et les abbayes seront alors pour celle-ci un refuge, où les menaces et les violences ne pourront plus l'atteindre (3).

Comment dans de telles conditions, eût-elle songé à proclamer, autrement que sur le terrain des principes, le caractère

(1) F. Maassen, *Concilia Aevi Merovingici* (MGH, in-4°, Leges, sect. 3, t. I, Hanovre, 1893), p. 61.

(2) Viollet, *op. cit.*, p. 500 : « Chez les Romains, le mari a le « jus vitae necisque » sur la femme soumise à la manus... La situation réciproque du mari et de la femme était analogue dans le monde germanique : les traces du droit primitif subsistèrent longtemps. Le meurtre d'une femme par son mari était, au IX^e^ siècle, un fait assez simple. Je pense qu'à cette époque un mari était dans son droit en tuant sa femme, pourvu qu'il eut un bon motif (*Capitulaire de* 829, *art.* 3, dans *Pertz, Leges*, t. I, p. 353). Encore au commencement du XI^e^ siècle dans le diocèse de Worms, les témoins synodaux sont interrogés en ces termes : « Est aliquis qui uxorem suam, absque lege aut probatione interfecerit ? »

Les Papes combattirent ces notions barbares : v. Jaffé (2^e^ ed., par Wattenbach) *Regesta Pontificum Romanorum ab condita Ecclesia ad a. post Christum natum MCXCVIII* (2 vol., Leipzig, 1865-88), n° 2845 : Nicolas I (858-867) « Alvino ...archiepiscopo scribit, viro non licere adulteram coniugem necare, quamvis lex saecularis hoc permittat. »

(3) V. l'histoire de Berthegonde dans Grégoire de Tours (citée par Lefebvre, *Leçons d'introduction*, p. 406.

indissoluble du lien conjugal ? La dureté des temps rappelait trop le précédent où, d'après l'Ecriture, Moïse avait dû concéder la répudiation aux Hébreux : « ... Quod Deus conjunxit homo non separet : quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras, ab initio autem non fuit sic... (1) »

Le divorce du Droit Romain, fondé sur l'égalité des époux, ne pouvait alors que servir cette transformation des idées ; et l'Eglise en le combattant, eût ainsi repoussé, sans en retirer de profit, une aide qui pouvait lui être précieuse. L'habileté de sa politique apparaît dans cette attitude où, pour atteindre au but dont l'urgence était manifeste, elle a su céder un instant sur l'application rigoureuse d'une règle, que seulement plus tard l'évolution sociale devait lui permettre de proclamer comme norme juridique.

Si sur le « for externe » son action se trouvait ainsi suspendue, il est légitime de penser que sur le « for interne » l'influence de sa persuasion devait amener des consciences à respecter quand même la parole du Sauveur ; et cette idée s'éclaire par l'ordre même que Malculfe a suivi dans le texte de sa formule : « *sive ad servitium Dei in monasterio* aut copolam matrimonii sociare voluerit, licentiam habeat ».

A la vérité, nous sommes renseignés d'une manière précise sur ce point par les « Pénitentiels », ces recueils purement officieux qui servaient aux confesseurs de guide dans l'administration des pénitences (2). Dans celui de saint Egbert d'York († 767) nous lisons par exemple que tout mari qui se séparait de sa femme, et contractait sans droit une seconde union, devait jeûner sept hivers d'un jeûne rigoureux, ou quinze moins sévè-

(1) Saint Matth., XIX, 6.

(2) Comme ils étaient dépourvus de toute authenticité, et qu'ils dépendaient uniquement de leur auteur, leur orthodoxie n'était pas toujours des plus strictes ; aussi furent-ils l'objet de réprobations officielles dès la période carolingienne, lorsque la puissance de la foi fut plus solidement assurée.

Concilium Cabillonense (813) can. 38 : « Modus autem poenitentiae peccata sua confidentibus, aut per antiquorum canonum institutionem aut per sanctarum scripturarum auctoritatem aut per ecclesiasticam consuetudinem, sicut superius dictum est, imponi debet, repudiatis ac penitus eliminatis libellis, quos poenitentiales vocant, *quorum sunt certi errores, incerti auctores* (dans Werminghoff, *Concilia Aevi Ka-*

rement (1) ; et plus loin nous voyons qu'il était privé de communion et même de sépulture chrétienne (2). Néanmoins même sur le for interne, l'Eglise admettait encore des tempéraments à la règle de l'indissolubilité du lien matrimonial. C'est ainsi que le même saint Egbert nous apprend que le remariage était autorisé quand la rupture avait eu lieu pour motif d'adultère (3) ; mais le coupable, ajoutait Théodore, devait toutefois avoir au préalable expié deux ans son péché (4). Dans d'autres hypothèses également la chose était licite ; quand un mari était abandonné par son épouse sans espoir de retour, il pouvait obtenir de son évêque, après cinq ans de solitude, la permission de prendre une autre femme. Par ailleurs, lorsque l'un des deux était emmené en captivité, l'autre pouvait de même convoler après six ans d'attente; mais dans ce cas si le prisonnier revenait

rolini I, MGH, in-4°, Leges. sect. III, t. II, Hanovre-Leipzig, 1906-08, pars. I.)

Concilium Parisiense (6 juin 829) Cap. XXXII : « Ut codicilli, quos penitentiales vocant, quia canonucae auctoritati refragentur, poenitus aboleantur... ut unusquisque episcoporum in sua parroechia eosdem erroneos codicellos diligenter perquirat et inventos igni tradat, ne per eos ulterius sacerdotes imperiti decipiant. » (*Eod. loc.*, pars. II.)

(1) Sancti Egberti Poenitentiale (PL., t. 89, col. 401 s.), lib. I, pars. I, cap. XIX : « ... Quicumque maritus uxorem suam deseruerit, et se injusto matrimonio (alii) adjungat, jejunet septem hiemes severum jejunium, vel quindecim leviora... »

Cf. Halitgarii episcopi Cameracensis, *De vitiis et virtutibus et de ordine poenitentium libri quinque* (PL., t. 105, col. 651, s.), lib. IV, cap. X et *Liber Poenitentialis* (*eod. loc.*, col. 703 s., De adulterio).

(2) *Op. cit.*, lib. II, cap. VII : « Vir qui veram conjugem suam deserit et aliam uxorem ducit est adulter ; non tradat presbyter ei eucharistiam, nec ullum eorum jurium quae Christianos decet ; et si obire illum contingat, non sepeliatur eum Christianis. Et si uxor verum suum maritum deserat, et alium eligat, sit eodem jure digna, uti supra dictum est. »

(3) *Op. cit.*, lib. I, pars. I, cap. XIX : « ... si uxor viri cujusdam adulteretur, maritus eam potest deserere, et aliam ducere, si ea prima fuerit uxor ; si autem secunda vel tertia fuerit, non potest aliam ducere ; si uxor flagicia sua committere velit intra quinque annos, alii viro nubere debet... »

Cf. Halitgarii liber Poenitentialis, *loc. cit.* De Poenitentia trigamorum : « Si cujusliget hominis mortua fuerit uxor habet potestatem accipere alteram, similiter et mulier. Si tertium acceperit,jejunet hebdomadas tres. Si quartum aut quintum acceperit hebdomadas XXI. »

(4) Theodori Poenitentiale (PL., t. 99, col. 901 s.), cap. XI : « ...si vir dimiserit uxorem suam propter fornicationem, si prima fuerit uxor, licitum est ut aliam accipiat uxorem : illa vero si voluerit poenitere sua peccata post duos annos, alium accipiat virum : mulieri non licet virum dimittere, licet si fornicator. »

la situation initiale devait alors être rétablie (1). Le Pénitentiel attribué à Théodore, archevêque de Cantorbery, qui reproduit toutes ses dispositions, les faisait suivre de ce bref commentaire : « melius est sic facere quam fornicari » (2).

* * *

Plusieurs siècles d'enseignement chrétien devaient cependant transformer la famille, et permettre à l'Eglise de reprendre la lutte interrompue. C'est au début du IXe siècle que s'est, semble-t-il, opéré ce changement d'attitude. Deux Capitulaires ecclésiastiques, marquant l'accord des pouvoirs religieux et civil,

(1) Saint Egbert, *loc. cit.*, lib. I, pars. I, cap. XXVI : « ... si mulier maritum suum a se rejiciat, et dein nolit resipiscere, et cum eo in quinque annis pacem inire, maritus cum consensu episcopi, aliam uxorem ducere potest. Si maritus uxoris in captivitatem ducatur, expectet eum sex annos, et ita vir uxori faciat, si ei captivitas accidat ; si maritus aliam uxorem ducat, et captiva post quinque annos redeat, deserat posteriorem, et captivam sumat, quam antea eodem modo duxerat. » (v. confirmation de la dernière proposition : Ivo. Decr. VIII, 245 ; C. XXXIV, q. 1 et 2, c. ii).

Cf. Théodore, *op.* et *loc. cit.*

C'est un dernier écho de cette conception que l'on reconnaît avec étonnement tout à la fin du XIIIe siècle en Normandie, dans les *Arrêts notables de l'Echiquier*, v. Perrot, *Arresta communia scaccarii* (Caen, 1910. *Bibliothèque d'Histoire du Droit normand*), nº 97 : Saint-Michel, 1292. « In quacumque peregrinatione moraturus fuerit homo per spacium vijtem annorum, ejus uxor cum alio licenciam obtinet matrimonium contrahendi. »

v. contra Stephanus Auffrerius, *Decisiones capelle sedis archiepiscopalis Tholose.* Questio CCCXVI (fº lxv rº) « Item fuit quesitum an mulieri cuius maritus fuit absens per x annos, xv vel xx, volenti contrahere matrimonium cum alio et dicenti primum virum esse mortuum licentia sit ab ecclesia concedenda. Conclusum fuit quod non debet sibi dare licentia donec sit certum quod maritus sit mortuus. »

En réalité, cette doctrine avait déjà été proclamée, sauf une restriction, par un capitulaire ecclésiastique de Pépin le Bref de 758-768 (?), c. 9 : « Si quis necessitate inevitabili cogente in alium ducatum seu provinciam fugerit... et uxor eius, cum valet et potest, amore parentum aut rebus suis, eum sequi noluerit, ipsa omni tempore, quamdiu vir eius, quem secuta non fuit, vivet, semper innupta permaneat. Nam ille vir eius... si se abstinere non potest, aliam uxorem cum poenitenti potest accipere » (dans Boretius, *Capitularia Regum Francorum*, t. I, p. 40, MGH, in-4º, Leges, sect. 2, Hanovre, 1883).

Enfin cette dernière exception avait elle-même fini par disparaître, C. XXXIV, q. 1 et 2, c. iv.

(2) Adde, les références données dans Migne, PL., t. 99, col. 1150, *Observationes et notae* : ... sic olim quidam episcopi permiserunt ob pejora vitanda post divortium nubere ; vide...

vinrent en effet, en 789 et en 829 (1), interdire d'une façon absolue et définitive l'usage du divorce. L'époque de Charlemagne peut donc marquer la date où le divorce du Droit Romain achève sa destinée en France (2).

Est-ce à dire qu'à partir de ce temps on ne trouve plus d'exemple où il survive ? Le prétendre serait exagéré, car lorsqu'elle est aussi intimement mêlée à la vie sociale, une institution permet difficilement d'indiquer son déclin par une date précise. Mais cette fois l'Eglise, ayant pleine conscience de sa force, ne devait plus céder (3) ; une illustration éclatante allait en être donnée au monde par le divorce de Lothaire et Teutberge en

(1) CAPITULARE ECCLESIASTICUM, a. 789, nº 43 : Item in eodem [in concilio Africano, c. 69] ut nec uxor a viro dimissa alium accipiat virum, vivente viro suo, nec vir aliam accipiat vivente uxore priora. (BORETIUS *op. cit.*, t. I, nº 22, p. 56.)

CAPITULARE, 829, nº 20 *(in fine)* : « ... quod nisi causa fornicationis, ut Dominus ait, non sit uxor dimittenda, sed potius sustinenda, et quod hi qui causa fornicationis dimissis uxoribus alias ducunt, Domini sententia adulteri esse notentur... » (BORETIUS et KRAUSE, *op. cit.*, t. II, nº 196, p. 45).

(2) ESMEIN semble reculer au XII^e^ siècle cette époque : « Au milieu du XII^e^ siècle la doctrine canonique est définitivement fixée dans Gratien et Pierre Lombard dont l'accord est complet sur ce point : le divorce pour cause d'adultère est interdit. » (*Le Mariage en Droit canonique*, tit. III, chap. II.)

(3) v. cependant les obstacles qu'elle rencontra dans les mœurs féodales dans LUCHAIRE, *La Société française au temps de Philippe-Auguste* (Paris, 1909), ch. 9, La Châtelaine, p. 380 ; ou l'article : *Au temps de la féodalité, Mariages et Divorces* dans la *Revue Bleue*, 1908, I, p. 39 :

« Le mariage entre nobles au Moyen-Age est l'union de deux fortunes territoriales, l'association de deux seigneuries. Objet tout passif du contrat, la femme n'y parait qu'effacée derrière le fief. Dans cette affaire le sentiment n'entre pour rien, et comme l'on n'y a tenu aucun compte des goûts et des humeurs des époux, les mésintelligences inévitables conduisent fatalement au divorce. Mais les femmes sont obligées de se remarier très vite, parce qu'il faut que le fief, pour être bien servi, le soit par un homme. D'autre part, les hommes ne restent pas longtemps veufs ou divorcés, parce qu'ils gagnent toujours à un nouveau mariage... C'est la « polygamie successive » élevée à la hauteur d'une institution.

« Par la pente naturelle des choses, les dames elles-mêmes prennent l'habitude de changer de maître. Avoir trois ou quatre maris, pour elles est presque un minimum. Le plus léger motif; le moindre défaut physique, une simple maladie, peut déterminer les hommes à la répudiation ; mais *les documents permettent d'affirmer que beaucoup de ruptures sont le fait d'un divorce par consentement mutuel.* L'Eglise essaie vainement d'opposer son veto ; elle est débordée, obligée de fermer les yeux. Pourtant, dans ce milieu catholique, le principe de l'indissolubilité du mariage devrait avoir force de loi. Simple apparence : ... grâce à la complicité des clercs, les mariages se brisent aussi aisément qu'ils se concluent. »

857, où le Pape Nicolas Ier après un long conflit assura le triomphe du principe d'indissolubilité (1).

* * *

Plus tard encore, au moyen âge, on verra l'Eglise composer avec des peuples dont la façon de vivre était trop éloignée de sa loi ; et même, lorsque cette dernière concession paraîtra nécessaire, l'évêque acceptera comme gage d'un triomphe ultérieur, la mission légale d'accorder lui-même le divorce.

Cette situation juridique, nous la rencontrerons en particulier au XIIIe siècle dans le Droit de l'Islande (2).

Depuis trois siècles le Christianisme avait pénétré en Islande, mais les traditions antérieures maintenaient encore vigoureusement leurs positions. C'est ainsi que l'union conjugale se formait en dehors de toute intervention religieuse, comme un contrat purement civil. L'Eglise ne vit sans doute pas d'autre voie d'approche, pour conquérir la législation du mariage, que d'accepter d'abord d'en assurer la dissolution ; et l'évêque, en dehors de certaines hypothèses où le divorce avait lieu en vertu de la loi, devint le ministre obligé de cette dissolution (3) : « Divortia in patria nostra nullibi nisi episcopi venia admittantur, excepto solummodo ubi... » (4). Son rôle se bornait d'ailleurs à accorder ou refuser son autorisation, car le divorce restait un acte privé que les parties concluaient elles-mêmes en présence de témoins (5).

C'est par ce mode original que l'indissolubilité allait s'intro-

(1) v. HINCMAR DE REIMS (PL., t. 125, col. 619 et s.) *De divortio Lotharii regis et Tetbergae reginae.*

(2) DARESTE, *Les Anciennes Lois de l'Islande.* BEAUCHET, *Formation et dissolution du mariage dans le Droit islandais du Moyen-Age* (NHR, 1885, p. 65 s.).

(3) Le Droit islandais connaissait également au profit de la femme la séparation d'habitation, qui exigeait elle aussi le consentement de l'évêque (BEAUCHET, *loc. cit.*, p. 105.)

(4) La citation est faite d'après la traduction latine de SCHLEGEL (*Festa Th.*, t. XIV, p. 325).

(5) « Is conjugum cui divortium faciendi veniam concedit episcopus, testes nuncupet de data venia et deinde de ipso divortio, quod nempe ille illave connubium eorum dissolutum declarat » (*Festa Th.*, t. XV, p. 329.)

duire dans les mœurs, car la loi attribuait à l'évêque la faculté d'interdire aux époux, dans des circonstances que lui seul appréciait, de conclure un nouveau mariage.

Les « Assises de Jérusalem » (1) nous enseignent également quelles concessions l'Eglise devait consentir aux chrétiens qui vivaient en contact avec les infidèles.

Le passage suivant, emprunté à la Cour des Bourgeois, fournit à cette proposition une démonstration pittoresque :

« S'il avient que uns hons ait prise une feme, et cele feme « devient puis mezele [lépreuse], ou chiet dou mauvais mau trop « laidement, ou li put trop fièrement la bouche et le nés, ou « pisce aucune nuit au lit, si que tout se gastent ces draps, *la « raison coumande que se le marit s'en claime à l'Iglise*, et ne veut « plus estre o luy por ce mahaing [infirmité] qu'il i a, *que l'Iglise « les det despartir par dreit... Et le maris peut puis bien prendre « autre moullier par droit, puis que il sera partis de l'autre feme « qui se cera rendue en ordre de religion.* Et tout autel raison est « dou marit, s'il avoit le mahaing que dit est desus, et sa moillier « n'en eust point dou mahaing, et tout en autele manière deit « estre jugés com est dite la raison devant de sa feme ; et se « est dreit et raison par l'asise. » (2).

§ 4. — Comment et à quelle date la séparation est apparue sur la scène du Droit.

Il ne suffisait pas de bannir le divorce du droit matrimonial pour faire régner dans les ménages la paix évangélique. Lorsqu'au début du IX^e^ siècle, il ne fut plus permis aux époux malheureux, ou bien las d'être ensemble, de recourir au vieux remède que jusqu'alors le Droit Romain leur avait dispensé, la construction du droit nouveau était-elle achevée ? Sinon, les auteurs des Capitulaires avaient-ils pris le soin, en prohibant l'ancienne

(1) Ed. BEUGNOT, 2 vol. in-f° 1841-1843 (*Recueils des Historiens des Croisades.*)

(2) Chap. CLXXV. Introduction, p. XXXVII : Tout porte à croire que le livre des Assises de la Cour des Bourgeois fut écrit entre les années 1173 et 1187.

institution, d'organiser le statut juridique qui leur serait dorénavant offert ?

L'examen des textes de 789 et de 829 ne laisse pas apparaître cette organisation ; il est donc permis de penser qu'elle se trouvait déjà réalisée.

« Celui qui répudiera son épouse, et qui en prendra une autre, vivra dans l'adultère » avait prononcé l'Ecriture. Il n'était pas interdit aux conjoints de vivre séparés, s'ils n'avaient pas en vue un nouveau mariage (1).

Serait-il donc permis aux époux chrétiens de se délier eux-mêmes à leur gré de l'obligation de cohabiter ? Serait-il permis à l'un d'eux de renvoyer ou quitter l'autre, à sa fantaisie, à condition d'observer l'interdiction du remariage ? Telle était la question à laquelle l'Eglise devait répondre, question qu'on pourrait traduire : Du mode de formation de la séparation entre époux.

Il était possible, en effet, de concevoir cette formation suivant différents modes. N'étant pas un péché, la séparation pouvait simplement consister dans la prohibition de l'Evangile adjointe au divorce romain ; elle serait demeurée de la sorte un acte privé et arbitraire, comportant une sanction pour le cas de violation de la loi religieuse. Elle pouvait, d'autre part, provoquer l'intervention de l'Eglise dont les époux étaient membres, intervention fondée sur sa discipline intérieure (2), et

(1) Johannes Chrysostomus super Matthaeum, cap. XIX (*Homilia*, 32) « Non ergo qui dimittit moechatur, sed qui alteram ducit » (Ivo Decr., VIII, 233, C. XXVII, q. 2, c. i.)

Saint Jérôme, *Commentarium*, lib. 3, in Matth. c. XIX (PL., t. 26, col. 139) : « Homo separat quando propter desiderium secundae uxoris, primam dimittit. »

(2) Sur la juridiction arbitrale et disciplinaire de l'Eglise pendant les premiers siècles, v. Esmein, *Histoire du Droit*, p. 145 et s. : « Les communautés chrétiennes qui voulaient vivre isolées et indépendantes dans le monde païen, en écartant toute intervention de l'Etat, avaient dû nécessairement organiser une juridiction propre, pour réprimer les délits qui se commettraient dans leur sein, et trancher les litiges civils qui s'élèveraient entre leurs membres... Le Chrétien qui commettait un délit était dénoncé à la communauté qui, s'il était convaincu et ne s'amendait pas, pouvait l'expulser... dans le cours du IIIe siècle, le pouvoir de répression passa de l'assemblée des fidèles à l'évêque... Après la reconnaissance officielle de l'Eglise sous les Empereurs chrétiens... (la juridiction disciplinaire de l'évêque)s'exerçait avec l'autorisation et l'approbation formelle du pouvoir impérial...

dont l'étendue était susceptible de varier du simple examen des consciences à l'acte de juridiction privée.

Mode purement volontaire, ou mode comportant en une certaine manière un contrôle juridictionnel, cette formation n'était pas commandée par les textes ; elle ne pouvait être que le résultat de facteurs extérieurs au dogme.

C'est une considération de bon ordre et de moralité sociale qui devait décider de ce choix.

L'Eglise regarda de bonne heure le mariage comme un remède à l'incontinence : « Melius est enim nubere quam uri » avait dit l'Apôtre saint Paul.(1). Il était dès lors évident que ce rôle n'étant plus rempli lorsque les époux vivaient séparés, ils se trouvaient à nouveau exposés aux tentations de la chair. Gardienne des bonnes mœurs en même temps que du dogme, l'Eglise comprit que son devoir était d'intervenir pour enfermer ces risques dans des limites étroites.

La séparation de corps allait donc être réglementée par elle, pour répondre à un souci de moralité, dans un sens restrictif ; et cette élaboration allait s'effectuer pendant que demeurait en vigueur un divorce purement volontaire, ne connaissant d'autres conditions que le seul caprice des conjoints.

Dès l'année 506, au Concile d'Adge, le choix est opéré entre les deux conceptions qui paraissaient possibles, et l'opposition s'accuse entre l'institution ancienne et la nouvelle : aucun époux ne pourra plus, à peine d'excommunication, renvoyer sa femme sans avoir exposé auparavant ses motifs au Synode provincial, et obtenu de lui une sentence. Le divortium prend dès lors un caractère qu'il n'avait pas encore connu, il devient judiciaire (2).

Mais c'est en vain qu'on chercherait dans la législation des

(1) Saint Paul, *I ad Cor.*, VI, 2 et 9 : « Propter fornicationem unusquisque suam uxorem habeat, et unaquaeque suum virum habeat... Quod si non se continent nubant. Melius est... » Le célibat était donc regardé comme un état supérieur au mariage.

(2) Concilium Agathense (506) c. XXV : « Hi vero saeculares qui conjugale consortium culpa graviore dimittunt vel etiam dimiserunt, et nullas causas discidii probabiliter proponentes, propterea sua matrimonia dimittunt, ut aut illicita, aut aliena praesument ; si antequam apud episcopos comprovinciales discidii causas dixerint, et prius uxores, quam judicio damnentur, abjecerint ; a communione ecclesiae et sancto populi coetu, pro eo quod fidem et conjugia maculant, excludantur. » (Mansi, t. 8.)

siècles suivants quelque chose de plus que cette disposition embryonnaire.

Elle montre bien comment l'Eglise entendait contrôler et restreindre la faculté pour les époux de vivre séparés, elle ne constituait pas une organisation durable, conférant un statut défini aux conjoints ayant cessé la vie commune. On ne sait, en effet, au juste suivant quelle procédure l'autorisation devait être obtenue, quels effets s'ensuivaient, ni comment elle pouvait prendre fin. L'organisation savante et complète que devait connaître le Droit canonique n'était pas encore née, à peine peut-on dire qu'elle était ébauchée (1).

C'est qu'il était difficile de doter cette mesure de règles précises, tant que le simple accord des consentements demeurait suffisant à rompre complètement le lien.

On peut donc dire que la prohibition pure et simple de 829 ne laissait aux parties que la ressource de pratiquer une séparation de fait, avec la permission et sous la surveillance des autorités ecclésiastiques.

* * *

Cette intervention allait d'ailleurs devenir rigoureuse au cours du IXe siècle, grâce à l'application méthodique d'une nouvelle procédure répressive. Les évêques avaient pris l'habitude de parcourir périodiquement le territoire soumis à leur autorité, pour veiller par eux-mêmes à l'observation vigilante des règles de la religion (2). Dans chaque église les fidèles étaient convoqués à une assise ou synode, où l'évêque faisait prêter à quelques-uns d'entre eux, qui paraissaient mériter sa confiance, le ser-

(1) v. en particulier Hincmar de Reims, *De divortio Lotharii, precit.* inter. V (col. 650) : « Qualiter, vel pro quibus rebus, secundum auctoritatem inita conjugia separari valeant, et sine quibus separari non debeant, et si post disjunctionem, vir aut femina uterque vivens ad aliam debeat copulam aspirare, vel si pari judicio quiscunque eorum in conjugio peccans debeat judicari.

(2) Le 2e Capitulaire de 813 en faisait même pour eux un devoir : « Ut episcopi circumeant parochias sibi commissas, et ibi inquirendi studium habeant de incestu, de patricidiis, fratricidiis, adulteriis, cenodoxiis et alia mala quae contraria sunt Deo, quae in sacris scripturis leguntur, quae christiani devitare debent... » (Boretius, *op. cit.*, I, nº 77, p. 170.)

ment de lui dénoncer ceux qu'ils savaient coupables de péchés publics (1).

Nous possédons un véritable code de ce « jury d'accusation » dans les deux livres écrits par l'abbé Riginon aux environs de l'année 906 (2). Cet ouvrage nous fait voir combien longue et variée était la liste des péchés sur lesquels les témoins synodaux étaient interrogés. « Deinde interrogandum de adulteriis et fornicationibus » porte entre autres rubriques le chapitre 5 du livre II ; et c'est avec surprise que nous verrions paraître, si nous ne connaissions la pensée intime de l'Eglise sur cette institution, parmi les fautes mentionnées sous ce titre (3), la séparation purement volontaire entre époux. Il était, en effet, demandé aux jurés si en vertu d'un repudium des époux s'étaient séparés, et persistaient dans cette attitude : « si interveniente repudio ab invicem separantur *et sic manent* ».

Ainsi, sur la question du mode de formation de la séparation de corps, s'affirmait définitivement l'attitude de l'Eglise. Des

(1) « *De juratoribus synodi* : Episcopus in synodo residens, post congruam allocutionem, septem ex plebe ipsius paroechiae vel eo amplius aut minus, prout viderit expedire, maturiores honestiores atque veraciores viros in medio debet evocare, et allatis sanctorum pignoribus unumquemque illorum tali sacramento constringat : *(sacramentum synodale)* « Amodo in antea quidquid nosti vel audisti aut postmodum inquisiturus es, quod contra Dei voluntatem et rectam Christianitatem in ista paroechia factum est aut in futurum erit, si in diebus tuis evenerit, tantum ut ad tuam cognitionem quocunque modo perveniat, si scis tibi indicatum fuerit synodalem causam esse et ad ministerium episcopi pertinere, quod nec propter amorem, nec propter timorem, nec propter praemium, nec propter parentelam ullatenus celare debeas episcopo de Treveris aut ejus misso, cui hoc inquirere iusserit, quodocunque te ex hoc interrogaverit. Sic te Deus adiuvet et istae sanctorum reliquiae. » (Regino, II, 2-3.)

(2) Reginonis Prumiensis Abbatis, *De Ecclesiasticis disciplinis* (PL., t. 132).

(3) 15. Si quis conjugatus cum alterius uxore adulteratus fuerit. Si qua uxor cum alterius viro.

16. Si quis uxorem habens ; concubinam simul habuerit ancillam propriam aut aliam feminam.

17. Si quis uxorem legitimam dimiserit et aliam in conjugium acceperit.

18. Si qua mulier virum proprium dimiserit, et alteri se conjunxerit.

19. Si interveniente repudio...

20. Si quis absque consensu uxoris, derelicto legitimo conjugio, in monasterium intrat.

21. Si aliquis suam conjugem, quamvis culpabilem, *sine epicopi judicio* relinquit.

22. Si qua mulier conscio viro suo fornicata fuerit.

deux conceptions qui s'étaient offertes à son choix, elle repoussait et pourchassait celle purement consensuelle, pour imposer comme règle sanctionnée par des peines spirituelles l'obligation de recourir dans tous les cas au « judicium episcopi ».

Il fallait que les mœurs fussent venues rapidement justifier la méfiance conseillée par saint Paul, pour que cette séparation volontaire fût immédiatement confondue avec l'adultère et la fornication, qu'elle rendait simplement plus facile.

Aux époux qui lui étaient dénoncés au cours de l'interrogatoire, comme coupables, méconnaissant l'esprit de charité et s'exposant au risque d'adultère, de persister dans leur volonté de vivre séparés, l'évêque imposait la réconciliation par un serment, qu'il dictait d'abord au mari dans les termes suivants :

« Ab isto die in antea istam tuam coniujem, nomine illam,
« quam iniuste dimiseras, ita tenebris sicut per rectum maritus
« suam debet habere coniujem in dilectione et debita disciplina,
« nec eam per ullum malum ingenium separabis a te, *nec ea*
« *vivente aliam accipies.* Sic te Deus adiuvet. » (1).

Il imposait ensuite à l'épouse de prononcer un serment analogue :

« Amodo in antea istum tuum maritum quem iniuste dimi-
« seras, ita tenebris et amplexaberis, et ei in servitio, in amore
« et in timore ita eris subiecta et obediens, sicut per rectum uxor
« debet subiecta esse marito, nec unquam ab eo te separabis,
« *nec illo vivente alteri viro te sociabis in coniugio aut adulterio.*
« Sic te Deus adjuvet » (2).

C'était là interpréter l'Ecriture avec rigueur, mais le divorce romain était encore trop proche des esprits, les mœurs en étaient encore trop pénétrées, comme le célèbre exemple de 857 venait de le montrer, pour que l'Eglise ne fût pas tentée d'en réprimer toute tentative, même déguisée sous l'apparence d'une simple séparation de corps.

Ainsi la période qui suivit les Capitulaires marque une réaction vigoureuse contre les facilités accordées par le Droit antérieur. Il semble même que l'Eglise, heureuse enfin d'exploiter

(1) Regino, Lib. II, cap. 240. (Burch. IX, 81 ; Ivo. Decr. VIII, 217 ; C. XXXV, q. 6, c. xi.)
(2) Regino, Lib. II, cap. 241.

son succès, se laissa bercer un moment par l'espoir excessif de toujours amener la réconciliation, et d'enfermer par suite la séparation de corps dans la brève durée nécessaire pour obtenir le pardon et l'oubli des injures.

Il paraît donc certain que la procédure synodale, d'ordre purement répressif, n'apportait aucun perfectionnement à l'organisation elle-même de la séparation ; son but unique étant d'en rendre l'accès impossible par simple consentement.

* * *

Une transformation des idées, jointe à une évolution politique profonde, allait enfin donner essor à la formation du Droit canonique.

Au cours du x^e^ siècle, alors que la société féodale prend naissance dans l'anarchie où finissait de disparaître la royauté franque, on voit progressivement s'éteindre la notion d'Etat, on assiste au démembrement de la souveraineté, à l'appropriation privée des éléments de la puissance publique. C'est alors que l'Eglise, profitant de la désorganisation des pouvoirs législatif et judiciaire, dans une société profondément chrétienne, s'attribue la connaissance exclusive des causes matrimoniales (1). Tandis que jusqu'alors elle n'avait exercé qu'une action concurrente à celle des pouvoirs séculiers, légiférant dans ses Conciles et faisant accepter des fidèles sa juridiction spirituelle, elle sera seule désormais « comme législatrice et comme juge » à régir le lien conjugal.

Si dès les premiers siècles du Christianisme le caractère religieux du mariage avait, en effet, justifié son intervention réglementaire et disciplinaire, cependant sa doctrine n'était pas en-

(1) Esmein, *Le Mariage en Droit canonique*, I, p. 25 et s.
Adde (cités par Le Bras, *op. cit.*, col. 2123). Salvioli, *La giurisdizione patrimoniale et la giurisdizione della Chiesa in Italia prima del mille* (Modène, 1884), p. 141 ; Fahrner, *Geschichte des Unauflöslichkeitsprinzips und der volkommenen Scheidung der Ehe im Kanonischen Recht.* (Fribourg en B., 1903), p. 117 et s.
En Angleterre elle est incontestée au début du xii^e^ siècle, Pollock et Maitland, *The history of English Law before the times of Edward I* (Cambridge, 1895), t. I, p. 106 s., t. II, p. 364 s.

core définitivement constituée qui devait lui permettre une telle revendication (1).

Ce n'est guère qu'à partir du x^e^ siècle que la notion de sacrement de mariage se trouva complètement dégagée (2), et cette conception, dont l'action sur le droit devait être féconde, rencontrait un milieu favorable à son influence. Elle allait servir à fonder pendant des siècles, par l'affirmation du principe que seule l'Eglise devait connaître des questions qui touchaient à des sacrements, sa possession du droit de juger tous les litiges relatifs au lien conjugal. Et la puissance de cette idée pendant longtemps fut telle, que cette compétence principale entraînait connaissance de toutes les matières qui pouvaient paraître accessoires.

C'est ensuite de cette double transformation, théologique et politique, que la séparation de corps devait enfin être dotée d'une organisation complète ; au lieu que jusqu'alors la question de sa formation avait seule retenu l'attention du législateur. Car si la conception du mariage comme remède à la concupiscence suffisait bien à faire édicter des mesures limitant les dangers qu'elle pouvait présenter, seule la notion de mariage sacrement pouvait fournir à la subtilité des canonistes la base d'une construction savante et cohérente ; et de même, tandis que le concours des compétences ne donnait à l'Eglise qu'un pouvoir

(1) Saint-Paul, *Ep. ad Ephes.* v. 31-32 : « Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia. » La Vulgate a traduit par *sacramentum* le mot grec μυστήριον sans lui attribuer le sens technique de sacrement (acte symbolisant et produisant la grâce), qu'il n'avait pas dans l'épître (*Encycl. des sciences religieuses*, t. VIII, p. 700 ; *Dict. Théol. cath.*, t. IX, II^e^ p., col. 2070.)

De même Saint Augustin dans un passage célèbre (*De bono conjugali.* C. XVIII, 21) n'entend pas *sacramentum* dans le sens où nous entendons aujourd'hui le mot sacrement. (De Smedt, *Principes de la critique historique*, p. 111-114.)

(2) Ch. Lefebvre, *Le lien de mariage*, p. 82 : « Cette notion du sacrement de mariage ne s'est pleinement dégagée et formulée qu'entre les x^e^ et xiii^e^ siècles ; car il faut bien reconnaître qu'on ne trouvait rien de formel en ce sens, ni dans les Conciles antérieurs, ni dans les Capitulaires qui formulaient leurs règles de mariage sans énoncer de principe théologique, invoquant bien l'Evangile et les Apôtres et déclarant maintes fois appliquer la *lex Divina*, mais sans parler de sacrement. Or le mariage sacrement, c'est la notion religieuse qui devait surtout s'affirmer et se développer pour devenir désormais l'explication fondamentale de l'indissolubilité et de la juridiction ecclésiastique. »

limité pour réglementer et construire, la reconnaissance de sa compétence exclusive favorisait l'application du droit par elle élaboré (1).

Mais cette œuvre, comme toutes les constructions dues aux efforts de la jurisprudence, devait être le fruit d'une pratique longue et souvent incertaine, dont les résultats allaient être mis en système et pourvus d'une explication rationnelle par une littérature juridique brillante et abondante.

Ce n'est qu'au XII^e^ siècle, semble-t-il, que les jurisconsultes ont pris nettement conscience des caractères propres de cette institution, dont la notion s'est alors pleinement dégagée. C'est à ce moment seulement que, l'analyse du mariage s'étant précisée, la distinction entre « vinculum » et « cohabitatio » a permis d'opposer par des éléments spécifiques différents la séparation au divorce. Tandis que jusqu'à cette époque une même terminologie englobait les deux choses dans l'appellation vague de « divortium » (2), on verra désormais très nettement opposer le divortium « quoad vinculum » au divortium « quoad thorum ».

Des deux grands hommes de doctrine qui ont illustré l'Eglise du XII^e^ siècle, le théologien Pierre Lombard et le canoniste Gratien (3), tandis que le représentant du droit se bornait encore

(1) « Ne nule cort ne se det entremetre dou fait de matrimoine, se non sainte Yglise. » *Assises de Jérusalem, Cour des Bourgeois*, ch. CLXXXI.

(2) Le mot divorce resta utilisé dans l'ancien droit pour désigner la séparation, les deux mots étant concurremment en usage pour traduire l'unique institution existante.

(3) v. J. DE GHELLINCK, *Le Mouvement théologique du XII^e^ siècle* (Paris, 1914.)

P. LOMBARD, *Sententiarum libri quatuor* (PL., t. 192, col. 519 et s.). C'est à son sujet qu'un auteur moderne n'a pas craint de dire que « de nos jours encore... la théologie catholique continue à en vivre ». (DE GHELLINCK, *op. cit.*, p. 75). P. Lombard arriva à Paris vers 1139, en devint l'évêque en 1159, et fut le prédécesseur immédiat de Maurice de Sully, le constructeur de Notre-Dame.

GRATIEN, *Concordia discordantium canonum*, plus connu sous le nom de *Décret*.

La question de l'antériorité fut très débattue entre ces deux ouvrages. v. P. FOURNIER, *Deux controverses sur les origines du Décret de Gratien* (*Rev. d'Hist. et de litt. relig.*, t. III, 1898). D'après cet auteur Gratien est antérieur à P. Lombard qui l'a imité lorsqu'il touche au droit. Par contre ESMEIN écrit (*Histoire du Droit*, p. 753, note) reproduisant l'opinion de VON SCHULTE : « Je crois... que P. Lombard représente l'original et Gratien la copie. » DE GHELLINCK se range à l'avis de P. FOURNIER (*op. cit.*, p. 122 et p. 316) : « Les travaux de Denifle, et surtout ceux de

à reproduire la vieille règle du concile d'Adge (1), c'est le représentant du dogme qui paraît avoir eu le mérite d'annoncer le progrès obtenu dans une formule précise et claire.

« Separatio autem gemina est, corporalis scilicet et sacra-
« mentalis. *Corporaliter* possunt separari causa fornicationis,
« vel ex communi consensu causa religionis, sive ad tempus
« sive usque ad finem. *Sacramentaliter* vero separari non pos-
« sunt dum vivunt, si legitimae personae sint. Manet enim,
« vinculun conjugale inter eos, etiamsi aliis, a se discedentes,
« adhaeserint ». (2).

Le XIII^e^ siècle assistera, enfin, à la codification des règles nouvelles, exprimées d'une façon fragmentaire par des décrétales, dans la compilation réalisée par Raymond de Penaforte et promulguée en l'an 1234, sur l'ordre du pape Grégoire IX ; ouvrage qui est venu s'ajouter au Décret de Gratien pour former la seconde partie du Corpus (3).

Le Droit Canon constitué à cette époque connaîtra donc, si nous laissons de côté l'hypothèse très spéciale où les conjoints suspendent la vie commune « religionis causa », une séparation qui sera judiciaire « divortium fieri non potest absque ecclesiastico judicio et sine causae cognitione » (4), dont le prononcé sera de plus considéré comme une sanction pénale « sententia divortii poena est » (5); enfin elle ne sera permise que dans l'hypothèse

P. Fournier ont irrévocablement fixé la situation réciproque des deux auteurs. » En définitive, il semble bien que le *Décret* ait été rédigé entre 1140 et 1150, et que les *Sentences* aient paru peu après vers 1150.

(1) C. XXXIII, q. 2, c. i. SAECULARES ; v. *supra*, p. 33 note 2.

(2) *Sent.* lib. IV, dist. xxxi, n° 2 (PL., t. 192, col. 918). On retrouve cette formule reproduite dans SAINT MARTIN LE LÉGIONNAIRE, *Sermo* 4, *In Natale Domini*, § 33 (PL., t. 208, col. 486) ; cf. BANDINIUS, *Sententiarum lib. IV*, d. 29 (PL., 192, col. 1107).

(3) v. F. VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts* (4 vol., Stuttgart, 1875-1880 ; TARDIF, *Histoire des Sources du Droit canonique* (1887).

(4) BERNARDUS PAPIENSIS (BERNARD DE PAVIE, 1190), *Summa Decret*, p. 188 (cité par ESMEIN, II, p. 89).

(5) Glose sur X. IV, 19 *de div.*, iii, v° *Separari* : « Sententia divortii poena est, et poena non est inferanda nisi per judicem. »

cf. HOSTIENSIS (HENRICUS DE SEGUSIA, cardinal évêque d'Ostie, dit Hostiensis, mort à Lyon en 1271). *Summa Aurea* (éd. f° Lyon, 1548, sur *X*. IV, 19, *de div.*, n° 5 : « Sicut autem maritus potest *accusare* uxorem sic et uxor maritum... »

d'adultère (1) et de fornication spirituelle, c'est-à-dire d'abandon de la religion catholique (2).

Hors de là aucun motif ne sera légalement valable, quelle que

(1) Y avait-il obligation stricte, ou seulement faculté de renvoyer l'époux adultère ? L'Ancien Testament faisait de ce renvoi un devoir pour l'innocent ; l'Evangile au contraire n'ordonnait pas la séparation dans ce cas, se bornant à l'autoriser. D'où, à l'origine, une certaine incertitude dans les idées.

Iohannes Chrysostomus super Matth., c. 9 (*Homilia* 32) : « Sicut crudelis et iniquus est qui castam dimittit, sic fatuus est et injustus qui retinet meretricem. Patronus enim turpitudinis est, qui celat crimen uxoris. (C. XXXII, q. 1, c. I.)

cf. Concile de Nantes, vers 658, c. 12 : « Qui uxorem suam dimittere noluerit adulteram, duobus annis peniteat, si ei debitum reddiderit. » (C. XXXII, q. 1, c. iv.)

Contra, Roberti Pulli Sententiarum libri octo (PL., t. 186) lib. VII, cap. 33 : « Nimirum propter fornicationem conjugem dimitti Dominus permittit, non praecipit. *Itaque fornicantem et tenere et dimittere licet.* Ait tamen Scriptura : Qui tenet adulteram, stultus et impius est (Prov., XVIII, 23)... ».

(2) Saint Augustin, *De adulterinis conjugiis*, lib. I, cap. 17 : « Si propter fornicationem carnis permittitur homo a conjuge separari, quanto magis in conjuge mentis fornicatio destestanda est, id est infidelitas .» (Ivo Décr. VIII, 247.)

Idem, *In semone Domini in Monte*, lib. I, c. 16, n° 45 : « Si infidelitas fornicatio est, et idolatria infidelitas, et avaritia idolatria, non est dubitandum, et avaritiam fornicationem esse... Ex quo intellegitur, quod propter illicitas concupiscentias non tantum que in stupris cum alienis viris aut feminis conmittuntur, sed omnino quaslibet, que animam corpore male utentem a lege Dei aberrare faciunt, et perniciose turpiterque corrumpi, possit sine crimine et vir uxorem suam dimittere, et uxor virum ; quia exceptam facit Dominus causam fornicationis, quam fornicationem... generalem et universalem intelligere cogimur (C. XXVIII, q. I, c. v).

Guillelmus Durandi (né en 1237) *Speculum juris* (ed. f° Francfort, 1612), lib. IV, part. IV, *De divortiis*, n° 5 : « Item fit divortium quoad thorum, si duorum fidelium, alter transit ad haeresim, vel infidelitatem. »

Gofredus, *Summa, de divort.*, p. 191 : « Duae vero sunt causae legitimae, propter quas fit divortium quoad thorum et mutuam servitutem... scilicet religio et fornicatio. » (cité par Esmein, II, p. 88.)

C'est cet état du droit qui est rapporté dans « *Li livres de Jostice et de Plet* », ouvrage privé qui fut composé probablement à Orléans entre 1254 et 1260 : « Tu as ci un argument generau que nuz ne pot sa feme lessier, si n'est por fornicacion, et tant comme ele vive, cil ne se pot marier (liv. X, § 9). » « Note que home ne pot sa feme laissier que por fornication, et por lepre, non (liv. X) ; —. » Note que por fornicacion esperitel pot l'un des mariz laissier l'autre ; et tot soent departiz hom et feme por fornication, il remainent mariez ; ne le lien do mariage ne pot estre effaciez (XIX, ed. Rapetti dans *Coll. des Doc. inéd. sur l'Hist. de Fr.*, Paris, 1850).

Libellus divortii propter adulterium : Anno Domini MCC LXIV, die XVI Augusti, indictione VII, Roccae, tempore Urbani papae quarti, domine Ja. Senogalliensi episcopo existente. Ego T. accuso virum meum A.

soit l'indignité morale, ou bien la répulsion physique, dont un époux puisse faire état contre son conjoint (1).

Que cette mesure ait pu ainsi être uniquement conçue comme une peine, c'est ce qui résulte déjà de la simple considération des deux causes qui seules pouvaient lui servir de base, et qui constituaient à proprement parler des délits : l'adultère et l'apostasie. Mais c'est aussi l'idée que l'on retrouve systématisée d'une manière qui ne peut laisser subsister de doute, chez le

apud te domine R. Fanensis episcope, quia dico, eum commisisse adulterium cum tali muliere in tali castro, in domo Petri, de mense praesenti Augusto, quod parata sum legitime probare. Unde peto, ab ejus cohabitatione et a *servitute* quam ei sum obligata, absolvi. (*Das Formularium des Martinus de Fano*, CXXIII, dans Dr L. Wahrmund. *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes im Mittelalter*, I Band., VIII. Heft, p. 52. Innsbruck, 1907.)

Cf. G. Durand : « *Divortio ad tempus, vel quo ad thorum facto, qualiter sit libellandum* : Coram, etc., propono et denuncio contra Bertam uxorem meam et eam accuso, quod ipsa tali anno, mense, die et loco, regnante tali rege, cum T. in tali civitate et domo, camera prima committens in legem matrimonii, adulterium perpetravit : quod me offero legitime probaturum ; quare peto ab ea separari, quo ad thorum, et *mutuam servitutem*, et cohabitationem, et exhibitionem necessariorum : et nos separandos esse sententialiter declarari, super hoc vestrum officium implorando...

... Coram, etc., propono contra Bertam uxorem meam, quod ipsa diabolo instigante transivit ad infidelitatis, vel haereticae pravitatis errorem : quare peto... (*Speculum juris*, lib. IV, part. IV, *De div.*, n° 3 et 5.)

(1) Saint Jérôme *sur Saint Matth.* XIX, 10 (PL., t. 26, col. 140) : « Grave pondus uxorum est, si excepta causa fornicationis, eas dimittere non licet. Quid enim si temulenta fuerit, si iracunda, si malis moribus, si luxuriosa, si gulosa, si vaga, si jurgatrix, si maledica, tenenda erit istius modi ? Volumus, nolumus, sustinenda est. Cum enim essemus liberi, voluntarie nos subjecimus *servituti.* »

Responsa Nicolai ad consulta Bulgarorum, cap. 96 (a. 866) Quidquid mulier tua contra te cogitaverit, aut fecerit, vel si te accusaverit, non est, excepta causa fornicationis, rejicienda, vel odio prorsus habenda, quae est, Apostolo praecipiente, sicut Ecclesia a Deo diligenda (*Ephes. V*). (Ivo Decr. VIII, 228 ; C. XXXII, q. 5, c. xxii) ; Mansi, t. XV.

Alex. III (1172-73) *X.* IV, 19, *de div.* ii : « Mulier pro furto vel alio crimine viri sui, nisi ipse eam ad maleficia sua trahere nitatur, et fidei suae religionem corrumpere velit,ab eo separari non debet,nec alii aliqua ratione copulari. »

Alex. III (1159-81) *X.* IV, 8, *de conj. lepros.* ii : « Quoniam... nemini licet, excepta causa fornicationis, uxorem suam dimittere : constat, quod sive mulier lepra percussa fuerit, seu alia gravi infirmitate detenta, non est a viro (suo) propterea separanda, vel etiam dimittenda... Quodsi virum sive uxorem divino iudicis leprosum fieri contigerit, et infirmus a sano carnale debitum exigat, generali praecepto Apostoli quod exigitur est solvendum, cui praecepto nulla in hoc casu exceptio invenitur. »

plus grand des commentateurs du Lombard, saint Thomas d'Aquin. Ne déclare-t-il pas, en effet : « Dominus dimittere uxorem concessit propter fornicationem *in poenam* illius qui fidem fregit, et in favorem illius qui servavit, ut non sit astrictus ad reddendum debitum ei qui non servavit fidem » (1), et plus loin « dimissio uxoris fornicantis introducta est ad corrigendum uxoris crimen per talem *peenam* » (2). C'est pourquoi, déduisant logiquement les conséquences de ce principe, il expose que si le châtiment doit forcément intervenir lorsqu'il n'y a pas eu de la part du coupable pénitence et repentir, il n'en va pas de même lorsque le but de la peine est déjà atteint (3). Il ajoute d'ailleurs, poursuivant jusqu'au bout son idée, que si la séparation apparaît la punition normale de l'adultère, ce n'est pas cependant la seule qui soit licite, du moins contre la femme; une admonition et une correction corporelle pouvant remplir le même office (4).

Notons encore que l'égalité des époux sera absolue à l'égard du divortium (5).

(1) COMMENTUM IN QUATUOR LIBROS SENTENTIARUM MAGISTRI PETRI LOMBARDI (SANCTI THOMAE AQUINATIS OPERA OMNIA, t. 7 *bis*, Parme, 1858), lib. IV, dist. XXXV, quest. I, art. I. Saint Thomas énonce ensuite les sept cas dans lesquels malgré l'existence matérielle du fait de fornication, il sera fait exception à la règle, soit qu'il y ait eu défaut d'intention chez le délinquant, soit que la culpabilité ait été partagée entre le mari et la femme. Par ailleurs il marque une distinction intéressante entre les deux motifs admis, déclarant : « Infidelitas facit divortium, sed tamen aliter quam corporalis fornicatio » ; un seul acte en effet est suffisant dans ce dernier cas, alors que dans le premier est nécessaire une habitude démontrant l'abandon définitif de la foi.

(2) *Eod. loc.*, art. 2 ; cf. art. 4 : Divortium enim est poena adulterii, inquantum est contra matrimonii bona.

Nous avons dit *supra* que la séparation est obligatoirement judiciaire, SAINT THOMAS fait à ce sujet une distinction, réservant d'ailleurs le nom de divortium à la seule hypothèse qui requiert l'intervention du juge, art. 3 : « ...vir potest dimittere uxorem dupliciter. Uno modo quantum ad torum tantum ; et sic potest eam dimittere quam cito sibi constat de fornicatione uxoris, proprio arbitrio ; nec tenetur reddere debitum exigenti, nisi per Ecclesiam compellatur... Alio modo quantum ad torum et cohabitationem ; et hoc modo non potest dimitti nisi judicio Ecclesiae... Haec autem dimissio divortium dicitur ; et ideo concedendum est quod divortium non potest celebrari nisi judicio Ecclesiae. »

(3) « Poena autem corrigens non requiritur ubi emendatio jam praecessit ; et ideo si mulier de peccato poeniteat, vir non tenetur eam dimittere ; si autem non poeniteat, tenetur, ne peccato ejus consentire videatur, dum correctionem debitam non apponit. »

(4) « Peccatum fornicationis in uxore potest corrigi non tantum tali poena, sed etiam verbis et verbere, et ideo si alias ad correctionem sit parata, non tenetur vir predictam poenam ad ejus correctionem adhibere. »

(5) SAINT AUGUSTIN, *Sermo*, 9, c. 3 « Non mechaberis » id est non ibis

Les effets pécuniaires de cette mesure seront réglés au titre 20 du livre IV des Décrétales « De donationibus inter virum et uxorem et dote post divortium restituenda » ; quant aux effets personnels ils consisteront principalement dans la dispense de la vie commune, accompagnée d'une suspension totale du devoir conjugal (1).

Cette situation juridique sera, enfin, regardée par les canonistes comme essentiellement temporaire, et sa cessation sera l'objet de prescriptions spéciales, soit qu'elle ait lieu par la réconciliation des époux, soit qu'une décision de justice l'ordonne sur la demande d'un seul (2), soit encore que le juge y procède d'office (3).

* * *

L'Eglise, élaborant le droit positif applicable à la séparation entre époux, s'était trouvée en présence d'une matière complexe, où la vérité révélée s'opposait à la tradition historique qui, pendant des siècles, avait traduit les exigences individuelles de l'homme. Pour construire une législation durable, elle devait alors, semble-t-il, s'appliquer à la réalisation d'une entente harmonieuse entre le « donné » religieux de l'indissolubilité, et le « donné » de l'expérience humaine qui commandait d'apporter un remède aux unions impossibles. Si le droit devait affirmer le caractère intangible du lien matrimonial, il devait par ailleurs faire sa place légitime à une séparation de corps, accessible à tous ceux qui n'avaient trouvé dans le mariage que désillusion et malheur.

ad aliquam aliam preter uxorem tuam. Tu autem exigis hoc ab uxore, et non vis reddere hoc uxori ?... tu sub uno impetu libidinis cadis ? et vis uxorem tuam victricem esse, tu victus jaces ?... Si caput est vir, melius debet vivere vir, et precedere in omnibus bonis factis uxorem suam (C. XXXII, q. 6, c. v. Sicut vir est caput mulieris, sic adulterando gravius delinquit quam mulier).

(1) Hostiensis, *loc. cit.*, § 3, nº 12 : « Effectus ejus sententiae hic est quod maritus absolvitur ab ejus cohabitatione et servitute mutua... ».

(2) Gofredus *Summa*, p. 192 : « Puto... virum posse reconciliare uxorem etiam invitam. »

(3) Hostiens s, *eod. loc.*, nº 9 : « Quid si sententia divortii lata ex causa fornicationis ab uxore commissa, maritus incidat in idem crimen, numquid cogetur uxorem recupare : quidquid allegatur dico quod sic, quia res de facili ad naturam suam redit... ».

Le Droit canon, en exaltant le principe de perpétuité du lien, n'avait-il pas en réalité sacrifié cette institution nécessaire ?

Les différends conjugaux qui à Rome demeuraient dans le sein des familles, étaient devenus une affaire de justice ; les tragédies intimes, les fautes, qui restaient cachées sous le voile d'un « libellum » discret, étaient révélées à tous par des débats dont les registres des Cours d'Eglise sont remplis. Tandis que le préteur, ni le juge, ne pénétraient le domaine secret des rapports moraux entre époux ; l'évêque, ou son représentant, venait maintenant imposer ou suspendre l'obligation de vivre en commun. Les mariés ne pouvaient plus regarder leur association comme intolérable, si le juge n'avait dit le droit ; et leur pouvoir de décision était anéanti, puisqu'ils ne pouvaient plus que solliciter une sentence : « Solus ergo ecclesiasticus judex divortium facere potest, sed tamen alter conjugum potest divortium postulare. » (1).

Pourtant le caractère judiciaire de cette institution n'était pas une donnée nécessaire de la nature des choses, il était fondé sur des motifs louables, mais contingents (2). La séparation consensuelle n'était pas condamnée par le dogme, elle ne pouvait pas être érigée en péché : « Nam possunt esse conjuges *sine peccato* communi consensu separati. » (3).

N'était-ce pas également établir une règle trop sévère que de proclamer comme seule cause valable de séparation, le péché d'adultère ? Multiples sont les hypothèses, variables avec les sentiments d'honneur et de délicatesse, qui font de la vie conjugale un foyer d'amertume, où les cœurs s'aigrissent et les âmes s'éloignent, sans pourtant que la loi de fidélité ait été méconnue et violée. Il est des circonstances, étrangères aux tentations coupables de la chair, où l'existence commune est rendue impossible par le mépris, ou par la haine, qui s'élève sur les cendres

(1) Bernardus Papiensis, v. *supra*.

(2) Le caractère contingent de ces motifs est bien mis en lumière par des auteurs comme M. Le Picard, *op. cit.*, pp. 45 et s., qui pourtant sont en désaccord avec nous sur beaucoup de solutions de détail.

(3) Panormitanus (Nicolaus de Tudeschis, archevêque de Palerme, d'où Panormitanus, mort en 1445) *Commentaria super libros Decretalium* (4 vol. f° Lyon, 1547) sur *X.* II, 27, *de sent. et re jud.* VII, n° 12.

d'une affection déçue, et que le rapprochement forcé dans l'intimité des rapports quotidiens ne peut qu'exaspérer. Cependant le juge n'avait pas reçu le pouvoir d'apporter à ces situations l'issue qui semblait s'imposer.

On peut se demander si un système aussi absolu était parfaitement légitime en tant que norme juridique, car il ne semble pas possible d'incorporer dans la loi applicable à tous les préceptes d'un idéal trop élevé et trop rigoureux.

Dans ces conditions, n'assisterons-nous pas à une réaction, où la nature des choses partiellement méconnue viendra distendre les liens dans lesquels une construction trop étroite l'avait enserrée, et où la volonté individuelle, comprimée par des règles factices, tentera de recouvrer une part de sa puissance créatrice de droit ?

Tel sera désormais l'objet précis de nos recherches.

Nous examinerons tout d'abord la doctrine des canonistes et la jurisprudence des Cours d'Eglise, puis, considérant l'époque où les juridictions royales auront repris la compétence des causes de séparation, nous suivrons l'évolution du droit à travers les arrêts des divers Parlements et les ouvrages des jurisconsultes du Droit Coutumier.

CHAPITRE II

LE DROIT CANONIQUE CLASSIQUE. — LA VOLONTÉ DES ÉPOUX DE VIVRE SÉPARÉS DEVANT LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE

§ 1. — Les canonistes classiques enferment le devoir conjugal dans le concept de servitude et le sanctionnent par des actions réelles.

La séparation de corps a pour effet essentiel de suspendre l'obligation au devoir conjugal, que le mariage fait naître entre les époux. C'est ce devoir que saint Paul, pensant aux risques d'adultère que ferait courir le refus de son accomplissement, avait exprimé dans des termes d'une grande vigueur, disant que chaque époux a sur le corps lui-même de son conjoint un véritable droit de puissance : « Mulier sui corporis potestatem non habet sed vir, similiter autem et vir, sui corporis potestatem non habet sed mulier » (1). Et pour traduire plus fortement encore sa pensée, il évoquait ensuite par une image hardie l'idée de servitude. Si un chrétien est marié à une infidèle, ou inversement, déclarait-il en substance, et qu'elle consente à demeurer avec lui, qu'il ne la renvoie pas ; mais que si l'infidèle s'en va de son côté, que lui aussi la laisse, car il n'est plus asservi dans ce

(1) *Epistola I ad Corinthios*, c. VII, v. 4 (v. 3 : Uxori vir debitum reddat, similiter autem et uxor viro). Le texte original portait (v. 3 et 4). τῇ γυναικὶ ο ἀνὴρ τὴν οφειλὴν αποδιδότω, ὁμοίως δὲ καὶ ἡ γυνὴ τῷ ἀνδρί ἡ γυνὴ τοῦ ἰδίου σωματος οὐκ ἐξουσιάξει ἀλλὰ ὁ ἀνὴρ, ὁμοίως δέ καὶ ὁ ἀνὴρ του ἰδιόυ σωματος οὐκ ἐξουσιάξει ἀλλὰ ἡ γυνὴ. Au lieu de τὴν ὀφειλὴν (v. 3) plusieurs mss. importants donnent la var. τὴν ὀφειλομένην ἐυνοίαν.

Le mot *potestas* correspond donc à ἐξουσία; or il semble bien que le latin ait ici un sens plus énergique que le grec, d'autant que la variante indiquée affaiblit beaucoup l'obligation du v. 3.

cas : « Non enim *servituti* subjectus est frater aut soror in hujusmodi » (1).

Cette expression devait jouir par la suite d'une fortune singulière, probablement due plus encore à l'autorité qui s'attachait aux paroles de l'Apôtre qu'à son exactitude rigoureuse. C'est dans la seconde moitié du IVe siècle, semble-t-il, qu'elle s'est dégagée du texte de l'Epitre, pour vivre dès lors une vie propre. N'est-ce pas saint Ambroise qui, écrivant vers l'an 377 son « Liber de Viduis » concluait un développement sur le mariage par cette déclaration : « Videtis quam evidens sit conjugalis definitio servitutis »(2). N'est-ce pas également saint Jérôme qui, en 399, dans la belle lettre qu'il adressait à Océanus pour l'entretenir de la mort de Fabiola, marquait dans ces lignes bien connues l'égalité des époux dans la loi conjugale : « apud nos quod non licet feminis, aeque non licet viris ; et eadem servitus pari conditione censetur » (3). N'est-ce pas enfin saint Augustin qui dans son « De bono conjugali », vers l'année 401, donnait à cette conception sa forme définitive, en qualifiant les devoirs des conjoints de « *mutua servitus* » (4).

Quelle était donc la signification de ces mots ? Etaient-ils entendus par saint Paul et les Pères avec leur acception juridique ? On ne saurait sérieusement le prétendre ; il suffit de lire les passages cités pour s'en convaincre. L'Apôtre, lorsqu'il disait aux Corinthiens que chacun des époux n'est plus le maître de son propre corps, mais par contre est devenu celui du corps de son conjoint, ne se proposait pas, cela est évident, de leur enseigner si le mariage engendre un droit réel ou seulement personnel ? mais bien de les convaincre de l'étendue de leurs facultés et devoirs réciproques. Lorsque plus loin il précisait que le chrétien n'est pas tenu de rester dans le célibat quand il est répudié

(1) *Loc. cit.*, v. 15. εἰ δε ὁ ἄπιστος χωρίζεται, χωριζέσθω οἱ δεδούλωται ὁ ἀδελφὸς ἢ ἡ ἀδελφὴ ἐν τοῖς τοιούτοις. La racine du verbe δεδούλωται est évidemment δοῦλος, c'est-à-dire esclave. Ce mot était d'ailleurs couramment employé au figuré. Saint Paul se proclamait lui-même quelque part l'esclave du Christ : δοῦλος Χριστου.

(2) PL., t. 16 (SANCTI AMBROSII OPERA OMNIA, t. 2), col. 268, c. XI.

(3) PL., t. 22 (SANCTI HIERONYMI OPERA OMNIA, t. 1), col. 691. *Epistola LXXVII*, nº 3.

(4) PL., t. 40 (SANCTI AUGUSTINI OPERA OMNIA, t. 6), col. 673, c. VI.

par un infidèle, parce que la servitude à laquelle il s'était soumis ne va pas jusque là, il n'entendait pas davantage prendre parti en cette matière ; mais montrer que malgré sa force le lien peut parfois être anéanti (1). Saint Ambroise de même, n'avait pas pour but de résoudre une question de droit lorsqu'il affirmait, le comparant à l'état de chasteté, que le mariage n'est qu'une servitude. Il voulait par là mettre mieux en lumière les avantages de la continence, et transposait en réalité la notion envisagée des rapports mutuels des époux, à l'état matrimonial lui-même. D'ailleurs, il se défendait formellement d'être l'auteur de cette idée, l'attribuant à Paul par qui le Christ avait parlé (2). Pour sa part, saint Jérôme ne faisait lui aussi que repro-

(1) *Loc. cit., supra*, p. 46 note. De quibus autem scripsistis mihi: bonum est homini mulierem non tangere, propter fornicationem autem unusquisque suam uxorem habeat, et unaquaeque virum suum habeat. Uxori vir debitum reddat, similiter autem et uxor viro. *Mulier potestatem sui corporis non habet, sed vir ; similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier.* Nolite fraudare invicem nisi forte ex consensu ad tempus, ut vacetis orationi, et iterum revertimini in idipsum, ne tentet vos satanas propter incontinentiam vestram. Hoc autem dico secundum indulgentiam, et non secundum imperium. Volo autem omnes homines esse sicut meipsum. Sed unusquisque proprium donum habet ex Deo ; alius quidem sic, alius vero sic. Dico autem non nuptis et viduis : Bonum est illis, si sic permanserint, sicut et ergo. Quod si non se continent, nubant, melius est enim nubere quam uri. His autem qui matrimonio juncti sunt, praecipio non ego, sed Dominus, uxorem a viro non discedere. Quod si discesserit, manere innuptam, aut viro suo reconciliari. Et vir uxorem non dimittat. Nam ceteris dico ego, non Dominus : Si quis frater uxorem habet infidelem, et haec consentit habitare cum illo, non dimittat illam ; et si qua mulier fidelis habet virum infidelem, et hic consentit habitare cum illa, non dimittat virum. Sanctificatus est enim vir infidelis per mulierem fidelem et sanctificata est mulier infidelis per virum fidelem. Alioquin filii vestri immundi essent ; nunc autem sancti sunt. *Quod si infidelis discedit, discedat. Non enim servituti subjectus est frater vel soror in ejusmodi.*

(2) *Loc. cit., supra*, p. 48 note 2. Licet ergo nubere, sed pulchrius est abstinere ; sunt enim vincula nuptiarum. Vultis scire quae vincula ? Probatum est igitur vinculum esse conjugium, quo mulier ligatur et solvitur. Bona mutui amoris gratia, sed major est servitus. « Neque enim mulier sui corporis potestatem habet sed vir. » Et ne forte tibi non conjugii videatur ista servitus esse, sed sexus : « similiter et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier ». Quanta igitur conjugii necessitas, quae subjicit alteri etiam fortiorem. Mutuis enim necessitatibus ab utroque servitur... *Videtis quam evidens sit conjugalis definitio servitutis.* Non ego hoc dico, sed Apostolus : nec ille sed Christus qui loquebatur in eo. Et hanc utique servitutem de bonis conjugibus definivit... « Quod si infidelis discedit discedat. Non est servituti deditus frater aut soror in talibus. » Si igitur bonum conjugium servitus est, malum conjugium quid est ; quando nequeunt se invicem sanctificare, sed perdere ?

duire la conception de Paul, sans vouloir également lui faire dire plus qu'on ne lisait dans l'Epître (1). Quant à saint Augustin, il marquait expressément son sentiment qu'il ne fallait voir là qu'un simple rapprochement, et non pas une assimilation véritable, en accompagnant sa formule de cette restriction : « mutuam quodam modo servitutem » (2).

L'Apôtre des Gentils n'avait donc emprunté à la langue du droit qu'une comparaison propre à accentuer la vigueur de son exposé uniquement moral, sans se soucier, bien entendu, de lui faire produire des effets juridiques. Si toutefois sa pensée en grec était fort claire, elle l'était devenue beaucoup moins dans le latin de la Vulgate. Le système juridique romain connaissait, en effet, deux institutions du nom de servitude : l'une concernant les personnes et c'était l'esclavage, l'autre relative aux biens qui constituait un démembrement de la propriété (3). Il était donc dès lors permis de se demander s'il avait voulu dire que les conjoints sont esclaves l'un de l'autre, ou bien seulement que chacun possède sur le corps de l'autre, regardé comme sa chose, un droit d'usage. Les deux interprétations étaient pos-

(1) *Loc. cit., supra*, p. 48 note 3. Praecipit Dominus uxorem non debere dimitti, excepta causa fornicationis : et si dimissa fuerit manere inuptam (Matth. V et XIX). Quidquid viris jubetur, hoc consequenter redundat in feminas. Neque enim adultera uxor dimittenda est et vir moechus tenendus... Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi ; aliud Papianus, aliud Paulus noster praecipit. Apud illos viris impudicitae frena laxantur : et solo stupro atque adulterio condemnato, passim per lupanaria et ancillulas libido permittur : quasi culpam dignitas faciat, non voluntas. Apud nos, quod non licet feminis, aeque non licet viris ; et *eadem servitus pari conditione censetur.*

cf. *Epistola XLVIII* (circ. a. 393) *Seu liber apologeticus ad Pammachium pro libris contra Jovinianum*, n° 14 (PL., t. 22, col. 504) où saint Jérôme reproduit le passage cité *supra* de saint Ambroise.

(2) *Loc. cit., supra*, p. 48 note 4. *De conjugalis debiti exactione ac redditione...* Debent ergo sibi conjugati non solum ipsius sexus sui commiscendi fidem, liberorum, procreandorum causa, quae prima est humani generis in ista mortalitate societas ; verum etiam infirmitatis invicem excipiendae, ad illicitos concubitus evitandos, *mutuam quodam modo servitutem* ; ut etsi alteri eorum perpetua continentia placeat, nisi ex alterius consensu non possit. Et ad hoc enim « uxor habet potestatem... »

(3) En réalité l'esclave était regardé comme une chose. La différence entre les deux institutions consistait essentiellement dans l'étendue du droit qu'elles engendraient ; l'esclave était l'objet d'une pleine propriété, le fonds servant au contraire donnait lieu à un démembrement de la propriété.

sibles ; la première prévalut plutôt chez les théologiens (1), la seconde fut reçue parmi les juristes.

Envisagée à l'égard des rapports mutuels des parties, la notion de servitude les englobait tous, mais elle visait surtout, cela est certain, le plus important d'entre eux, celui qui dans l'ensemble des devoirs naissant du mariage méritait le titre de « debitum conjugale ». La première partie de cette proposition résulte de la lettre à Océanus (2) : le mari pas plus que la femme n'a le droit de se débaucher parce que la « servitus » est la même pour les deux conjoints. La seconde partie est rendue évidente, tout d'abord, par le texte même de saint Paul, qui énonçait ainsi l'objet de la « potestas » : « Uxori vir debitum reddat, similiter autem et uxor viro », et surtout par le commentaire de saint Augustin dont la précision ne peut laisser subsister de doute (3).

Voilà quels étaient, croyons-nous, le caractère et le contenu de la « mutua servitus » dans la littérature patristique inspirée de la première Epître aux Corinthiens. Mais ce n'est pas seulement dans le domaine proprement moral et théologique que celle-ci devait exercer une influence profonde ; elle allait agir également sur la discipline nouvelle de l'Eglise, le Droit canonique.

L'autorité qui était reconnue à cette lettre égalait celle des Testaments eux-mêmes, les Epîtres ayant été comprises dans le Nouveau. Cela est, en outre, attesté par une pratique curieuse.

(1) cf. Saint Jérôme, *Adversus Jovinianum libri duo*, lib. I, nº 11 (PL., t. 23, col. 226). Quanta felicitas, non uxoris servum esse, sed Christi ; non carni servire, sed spiritui.

Saint Thomas d'Aquin, *in-IVº Sent.*, lib. IV, dist. XXXII, quest. I, art. 2-3º. Sicut uxor habet potestatem in virum, ita dominus in servum.

(2) cf. Saint Ambroise. *Commentaria in XII Epistolas Beati Pauli. I ad Cor.*, cap. VII, v. 15 (PL., t. 17, col. 231). « Non est enim frater aut soror servituti subjectus in hujusmodi. » Hoc est, non debetur *reverentia* conjugii ei qui horret auctorem conjugii ; non enim ratum est matrimonium... ac per hoc non est peccatum ei qui dimittitur propter Deum, se aliii se junxerit.

P. Lombard, *In epist. I ad Cor.*, c. VII (PL., t. 191, col. 1593). « Non est enim servituti subjectus... in hujusmodi » scilicet in cohabitatione et in aliis talibus, id est non cogitur fidelis sequi infidelem odio fidei discedentem.

(3) cf. Saint Thomas d'Aquin, *loc. cit.*, *supra*, note 1... Sicut uxor habet potestatem in virum, ita dominus in servum. Sed servus non tenetur domino servire nisi quando ei a domino imperatur. Ergo nec vir uxori tenetur *reddere debitum* nisi quando ab ea exigitur.

A l'époque carolingienne les contrats de mariage étaient toujours précédés d'un préambule, qui rappelait aux conjoints l'origine divine de cette institution et les règles dont le Créateur et le Christ l'avaient dotée. Or, ainsi que des passages tirés de la Genèse et de l'Evangile, elle était souvent citée dans ces actes (1). C'est là, sans doute, dans cette faveur auprès des « notarii » du x^e^ siècle, qu'il faut voir l'une des premières manifestations de sa considération au point de vue juridique.

Ce n'est pas toutefois par cette voie que l'introduction de ses principes fut réalisée dans la loi, mais par l'intermédiaire des grandes compilations, qui, dès le xi^e^ siècle préparèrent l'élaboration du Corpus. Dans celle que l'on doit à l'évêque Yves de Chartres, on retrouve, en effet, parmi les Canons des Conciles et d'autres textes d'origine diverse, sinon la reproduction directe des paroles de l'Apôtre, du moins la paraphrase qu'elles avaient inspirées aux Pères. L'appréciation de saint Ambroise sur le mariage ne s'y rencontre pas, cela s'explique par son aspect purement éthique, mais par contre les règles plus concrètes émises par saint Jérôme et saint Augustin y sont reproduites toutes les deux (2). C'est de là qu'elles passèrent ensuite dans le Décret de Gratien, c'est-à-dire dans la première partie du Corpus (3).

Quelle signification alors, et quelle portée, les jurisconsultes allaient-ils attribuer à cette notion de « servitus » ? L'interprétation qui s'imposa fut non pas celle d'esclavage, qui vraiment ne pouvait guère être admise avec une acception rigoureuse et précise, mais celle de droit réel portant sur la chose d'autrui. La conséquence qui en résulta fut que les textes du Digeste s'y rapportant furent invoqués en cette matière, et que le mariage

(1) K. Zeumer, *Formulae Merowingici et Karolini Aevi* (MGH, in-4°, Leges, sect. V. Hanovre, 1882-1886), p. 538. *Formulae Extravagantes* I, n° 9 (x^e^ siècle) Libellum dotis.

(2) Yves de Chartres. *Decretum* (PL., t. 161). Pars. VIII, cap. 240 et 234.

(3) C. XXXII, q. 5, c. xx et C. XXXII, q. 2, c. iii.

A noter à ce sujet l'interprétation par la glose de la règle de saint Jérôme : « eadem servitus pari conditione censetur ».

v° *eadem* : Id est ejusdem generis, nam in veritate duae sunt servitutes.

v° *conditione* : Quoad debitum reddendum et fidem servandam, non autem in aliis.

se trouva de la sorte sanctionné, ainsi que les servitudes en Droit Romain, par des actions réelles.

Il n'est pas nécessaire de suivre tous les glossateurs pour s'assurer sur le premier point de l'exactitude de cette conclusion. Il nous suffira de rapporter seulement la glose suivante dont la doctrine est décisive : « Vir duplicem habet servitutem in uxore, unam quoad debitum reddendum, aliam quoad ministerium sibi exhibendum ; unde licet unam relaxaverit, non tamen aliam : ff. *de serv. urb. praed. l. si domus* » (1). Peut-on désirer une exégèse plus claire et une référence plus formelle ? Cependant cette conception avait tout d'abord rencontré certaines résistances, en particulier de la part de Pierre Auriol, l'un des commentateurs des Sentences ; car le Lombard avait lui aussi introduit les fragments étudiés de saint Jérôme et de saint Augustin dans son œuvre (2). Pour cet auteur donc le rapport créé par le mariage entre les conjoints ne paraissait pas être une « relatio servitutis », mais une « relatio possessionis ». Toutefois, plus théologien que juriste, il n'entendait encore l'expression rejetée qu'avec le sens d'esclavage, et il ne faisait appel pour justifier sa manière de voir qu'au seul témoignage d'Aristote (3). Toujours est-il que

(1) Glose sur C. XXXIII, q. 5, c. iv, v° *Hunc* (Corpus Juris Canonici cum glossis diversorum Gregorii XIII Pont. max. jussu editum. Lyon, 1624, 3 vol. in-f°).

Voici le texte du Digeste auquel il est renvoyé par cette glose : (Pomponius, D. VIII, 2, *de serv. praed. urb.* xxi). Si domus tua aedificiis meis utramque servitutem deberet, ne altius tolleretur, et ut stillicidium aedificiorum meorum recipere deberet, et tibi concessero, jus esse, invito me, altius tollere aedificia tua : quod ad stillicidium meum attinet, sic statui debebit, ut, si altius sublatis aedificiis tuis stillicidia cadere in ea non possint, ea ratione altius tibi aedificare non liceat : si non impediantur stillicidia mea, liceat tibi altius tollere.

En matière de servitude le Droit Romain ne parlait pas de possession, mais de quasi-possession (Gaius, IV, 139) La distinction fut conservée dans certains textes relatifs au mariage, v. par ex. une décision de la Rote du 28 janvier 1608, rendue dans un procès en nullité de mariage pour *metus* : « non potest in persona libera haberi quasi possessio hujus servitutis coniugalis, nisi ex legitimo consensu ». (Farinaccius Sacrae Romanae Rotae decisionum. 2 vol. f° Genève et Orléans, 1623, t. I, dec. CXLVII, n° 28.)

(2) *Sent.* lib. IV, dist. XXXV et dist. XXXII. *De solutione carnalis debiti*, 1 (PL., t. 192, col. 922).

(3) Pierre Auriol, *Commentaria in quartos Sententiarum libros* (Rome, 1605, 2 vol. f°), lib. IV, dist. 26. *De matrimonio...* Videndum est quid sit definitive matrimonium secundum rem. Dico quod accipendio matrimonium pro contractu expresso per verba, sic per matrimonium

la notion de « jus in re aliena » l'emporta parmi les canonistes.

Puisque la séparation de corps faisait cesser le droit au « debitum », elle mettait fin effectivement à la servitude ; aussi fut-elle qualifiée de « divortium quoad mutuam servitutem » (1). Cette appellation devint absolument courante dans la pratique judiciaire, mais son sens devait se modifier par la suite, ainsi que nous le montrerons plus loin. C'était là, en tout cas, la démonstration, pour ainsi dire tangible, de la transposition de la notion d'abord morale dans la loi.

La conséquence, avons-nous dit, de cette théorie fut que les obligations réciproques des époux furent sanctionnées par des actions réelles, dont l'une au possessoire et l'autre au pétitoire (2).

est translatio dominii usus corporis unius conjugum in alterius et econverso. Sed qualis est relatio et de quo modo ? Dicunt quidam quod est relatio dominii et servitutis, hoc modo quia corpus viri est sub potestate mulieris, nec habet ibi viri dominium quo ad usum ; similiter corpus mulieris est sub potestate viri, nec ipsa ejus dominium habet quo ad usum. Relatio ergo conjugis est duplex ad alterum conjugum, scilicet dominii et servitutis et quaelibet unius respectu alterius est mutua... Sed opinio ista, quantum ad hoc quod dicit quod relatio mutuae obligationis amborum conjugum est relatio dominii, verum dicit ; sed quod dicit, quod ex altera parte est relatio servitutis, non puto bene dictum... probo quod sit contra mentem Aristotelis I Polit. cap. I, quia ibi Aristoteles distinguit inter communicationem viri et uxoris, domini et servi, discens quod communicatio viri et uxoris est prima communicatio constituens secundum eum, bonum domus et familiae... Tunc ad propositum, volo bene quod relatio conjugis ad conjugem fundata in potestate usus corporis alterius sit relatio dominii, sed non oportet propter hoc, quod mutua relatio alterius ad ipsum penes usum corporis sui quem habet in potestate ipsius sit relatio servitutis, sed bene est relatio possessionis, qua ille secundum corpus suum dicitur possessus ab illo, in cujus est potestate, non autem servus.

L'autorité d'Aristote opposée à celle de saint Paul dans un ouvrage de théologie, n'est-ce pas là un indice significatif du prestige dont jouissait alors le philosophe grec.

(1) Hostiensis, *Summa Aurea*, lib. IV, *De divortiis*, § 3, n° 12. Effectus ejus sententiae, hic est quod maritus absolvitur ab ejus cohabitatione et servitute mutua, et adjudicatur sibi dos...

cf. les formules de Martin de Fano et de Guillaume Durant citées *supra*, p. 41 note 2 *in fine*.

Albericus de Roxiate, *Dictionarium sive alfabetum juris civilis et juris canonici* (in-f° sans indic. d'ed.) v° *Divortium* : Secundum Raymondus fit multipliciter. Nam aliquando dividitur matrimonium in totum ita quod uterquae potest contrahere matrimonium, ut in maleficiatis vel saltem aliter in frigidis. Aliquando dividitur in partem, scilicet *quo ad mutuam servitutem debiti conjugalis* seu cohabitationis. Ita tamen quod neuter eorum matrimonium contrahere potest sicut in his qui separantur *propter adulterium vel causa religionis* post carnalem copulam.

(2) Albericus de Roxiate, *op. cit.*, v° *Matrimonium* VIIII : Quando aliquis petitur in virum vel uxorem quomodo procedi debet. Dicit Ray-

La position prise par le Droit canonique en cette matière, position qui peut surprendre aujourd'hui (1), s'était trouvée facilitée sur le terrain des principes religieux par les paroles de la Genèse, si souvent reproduites dans les actes de la pratique (2) : Quamobrem homo relinquet partem suum et matrem et adhaerebit uxori suae, et *erunt duo in carne una* » (3), et, d'autre part, sur le plan des principes juridiques, par les textes où le Droit Romain reconnaissait au « pater familias » le droit de revendiquer son fils en puissance « ex jure Quiritium » (4), et même à l'époque Byzantine de le réclamer par des interdits spéciaux (5).

mondus si mulier petit aliquem in virum, vel econverso, videndum est an petens velit agere petitorio vel possessorio, ut quia mulier dicit aliquem esse maritum suum quia contraxit cum eo et petit sibi adjudicari illum in maritum et hoc est agere petitorio, aut petit illum sibi debere restitui quia injuste dimissit eam et hoc est agere possessorio, quia petit possessionem viri sui et ad eam se restitui. *Primo casu* dicens aliquem esse virum suum et ille negat quod non potest illa esse uxorem ejus propter tale impedimentum, *prius tractabitur exceptio mariti* quia ea probata questio prima perempta est et absolvetur vir ex. de ordi. cogni. c. i. *Secundo casu* quando agit possessorio licet tunc maritus objiciat de consanguinitate vel alio impedimento *prius fiet restitutio* mulieri quam cognoscatur de exceptione ex. de divortio c. porro et de resti. spol c. tuas. Haec tamen fallunt in quibusdam casibus in quibus restitutio fieri non debet, primus est si objicitur mulieri fornicatio publica et manifesta.

(1) On la retrouve pourtant dans la doctrine moderne, v. par ex. Marc et Gestermann, *Institutiones Morales Alphonsianae* (ed. 1928), t. 2, n° 2123 : Si post divortii sententiam, evenit ul alter quoque conjux moechetur, probabitius est, neutrum ad compartem revocantem redire teneri ; quia per judicis sententiam uterque *a servitute* liberatus fuit.

D'autres auteurs préfèrent, toutefois, la notion de propriété, v. De Smet, *Les fiançailles et le mariage*, n° 89 : La translation du droit de propriété sur le corps l'un de l'autre est bien de l'essence du mariage, non moins que celle d'user l'un de l'autre dans un but de génération. — N° 130, il faut pour cela (la procréation) que chacun des conjoints ait un droit sur le corps de l'autre, un vrai droit de *propriété*.

On peut encore rapprocher de ces conceptions celle de Kant, qui est visiblement inspirée du Droit Canon. *Eléments métaphysiques de la doctrine du Droit* (traduc. Barni, Paris, 1853), 1re part., ch. 2, 3e sect. : Du droit personnel d'espèce réelle *(Von dem auf dingliche Art persoenlichen Recht)*, §§ XXIV et XXV.

(2) Voir notamment dans Bernard et Bruel, *Recueil des Chartes de l'Abbaye de Cluny (Collect. des doc. inéd. sur l'hist. de Fr.)*, t. I (802-954), Paris, 1876, les nombreux actes de constitution de dot (dotalitium) où ces paroles sont rapportées dans un latin barbare. Nos 86, 439, 659, 686, 705 et en particulier 725 « erunt duo in carne *dua* ».

(3) Genèse, II, 23-24.

(4) Ulpien, D. VI, 1, *de rei vind.* i, § 2.

(5) cf. Balde, *In decretalium volumen Commentaria* (f° Venise, 1595) sur *X*. II.13 *de rest. spol.c.* viii, n° 6 : Quaero, sponsa mea dum eam ducebam antequam eam carnaliter cognoscerem, vel dum in domo mea

C'est une revendication en effet « ex jure divino », qui était accordée au pétitoire (1), contre l'époux qui refusait de se soumettre à la loi conjugale en niant l'existence du lien invoqué par le demandeur, qu'il s'agît de l'homme ou de la femme (2).

Au possessoire (3), c'était l'« actio spoliatorum » plus tard appelée réintégrande, qui venait assurer d'une manière plus énergique encore le respect de cette servitude mutuelle, puisque l'époux coupable d'abandon ou d'expulsion pouvait lui-même y recourir (4) et que, de plus, la restitution immédiate était ordonnée avant tout examen des exceptions présentées par le défendeur.

maneret puella, fuit mihi subtracta, nunquid habeo *interdictum recuperandae possessionis* ? et videtur quod non, licet habeam interdictum de sponsa exhibenda, de quo interdicto possunt opponi exceptiones peremptoriae ut *C. de lib. exhi.* 1.2. Considera matrimonium consensu initiatur et carnali copula consommatur.

(1) Formule d'action pétitoire d'après Martin de Fano. Ego A. conqueror de T. cum qua per verba de praesenti matrimonium contraxi, ideoque ipsam in meam uxorem adjudicari et me ab ea conjugali affectione pertractari peto. (L. Warhmund, *op. cit.*, I band, VIII, heft, form. CXXI, p. 51.)

(2) G. Durant, *Speculum juris*, lib. IV, part. IV : *De sponsalibus et matrimoniis*, § 5. Porro si agatur possessorio, vel quasi, vel quia uxor recedit proprio motu a domo viri, tunc enim concilium est, quod agat vir possessorio ut *ff. de rei. vend. l. is qui...* eodem modo concipiat mulier contra virum... quia vir et uxor quod ad hoc, non ad imparia judicantur...

Panorm. sur *X*. II, 13 *de rest. spol.*, c. xi. Maritus vindicat uxorem non proprie simpliciter, sed adjecta causa de jure canonico, sicut filius petitur adjecta causa de jure Quiritium Romanorum.

Panorm. sur *X*, III, 32 *de conv. conj.*, c. iii, n° 3. Uxor potest vindicare maritum adjecta causa ex jure divino, cum habeat eum in sua potestate quoad debitum, sicut dicimus in patre qui potest vindicare filium.

(3) Formule d'action possessoire d'après Martin de Fano, Ego T. mulier conqueror de A., qui, cum meus maritus extiterit, me injuste dimisit et conjugali affectione et possessione privavit. Ideoque ut mihi tanquam vir meus restituatur et me maritali affectione pertractet secundum jura canonica peto (*op. et loc. cit.*, form. CXX, p. 50).

(4) Panorm. sur *X*. II. 13, c. xiii, n° 9 : Maritus potest agere possessorio recuperandae contra uxorem, etiamsi ipse expulerit eam.

Le mari excommunié pouvait-il réclamer sa femme au possessoire ? En principe la sentence d'excommunication lui interdisait l'accès du prétoire (*X*. II. 1, *de judiciis*, c. vii) ; aussi fut-il décidé qu'il ne pouvait pas agir dans ce cas (Auffrerius, *op. cit.*, f° XXXII r°, quest. clxxi). Néanmoins Hostiensis et Johannes Andreae se prononcèrent en sens contraire, et Panormitain, tout en admettant l'application de la règle, déclara que le juge devait alors procéder « ex officio suo » à la restitution « propter periculum fornicationis » (sur *X*. V. 39, *de sent. excom.*, c. xxxi).

Or le Droit Romain, depuis l'introduction de la procédure formulaire, regardait comme valable l'extinction d'une servitude par simple convention. Aussi les Canonistes ne manquèrent-ils pas de voir dans l'accord des époux qui décidaient d'entrer en religion, un mode de cessation légitime de la « mutua servitus » (1).

Dans de telles conditions, la séparation par consentement mutuel n'allait-elle pas se trouver réhabilitée d'une manière imprévue, et le droit contraint d'en consacrer la licéité ? « Le divortium quoad mutuam servitutem » n'allait-il pas pouvoir se réaliser par un pacte ?

§ 2. — Les canonistes classiques refusent de munir le pacte de séparation d'une exception opposable à une demande en restitution et la loi finit par y voir un délit.

La revendication, ou l'action possessoire, pouvait être paralysée par une exception.

A Rome le prêteur accordait une « exceptio doli » contre celui qui exerçait l'action confessoire au mépris d'un pacte de renonciation à une servitude (2).

Le Droit Canon fit sien ce procédé technique et, l'adultère entraînant cessation de la « mutua servitus », il reconnut à l'époux outragé, qui de sa seule autorité avait pour ce motif rompu la vie commune, le droit de repousser toute demande en restitution par une exception, pourvu que la faute fût notoire (3).

(1) Voir *supra*, p. 53 note 1.
Alexandre III (1159-81) *X*.III, 32, c. III. Quidam intravit monasterium invita uxore, qua ipsum repetente coactus est ad eam redire... Unde Apostolus « Vir non habet potestatem... »
Glose *v°* *Quidam* : ... mutuam servitutem sibi debent vir et mulier, ex quo sunt una caro effecti.
(2) Ulpien, D.XLIV, 4, *de doli mali et metus except.*, iv, § 12.
(3) Hostiensis sur *X*.IV.19, *de div.*, n° 7. Generaliter ergo auditu, maritus volens accusare uxorem suam de adulterio dicente Domino in evangelio quod nullus debet dimittere uxorem, nisi causa fornicationis : ergo hac causa potest eam dimittere etiam propria autoritate, et si petat restitutionem obstat *exceptio adulterii*. T. verum esse si sit

Les canonistes allaient-ils donc faire produire au principe d'élaboration qu'ils avaient adopté toutes ses conséquences, et munir d'une exception valable la convention par laquelle des époux mettraient fin à leur devoir de cohabiter ? Ou bien au contraire, sacrifiant l'application logique de leur système, allaient-ils continuer à professer la vieille doctrine de l'Eglise sur ce point ?

Une décrétale du Pape Innocent III, adressée à l'archevêque de Tarragone le 19 juin 1203 (1), devait leur donner l'occasion de prendre parti sur cette importante question. Voici le « casus » de la lettre : Deux époux avaient convenu de cesser entre eux toute communauté d'existence, et s'étaient mutuellement promis de ne jamais exercer l'action en restitution de droits conjugaux. Par la suite, le mari voulut revenir à son épouse et, oublieux de sa promesse, intenta une demande en justice. Celle-ci répondit qu'elle préférerait se faire Sarrazine et perdre son âme, plutôt que de revenir à lui. L'Ordinaire, embarrassé par cette difficulté de droit, s'adressa au Pape ; et Innocent III, mandant à l'archevêque de presser les époux de prononcer un vœu de continence, décida qu'ils pourraient demeurer séparés (2), s'ils prenaient un tel engagement ; qu'au contraire, la femme devrait être contrainte, au moyen d'une sentence d'excommunication, de retourner auprès de son mari, si tous deux n'y consentaient pas (3).

crimen notorium, vel ibi mulier hoc confitetur... alias si occultum sit non obstaret talis exceptio petenti restitutionem.

cf. Panorm. sur *X*.III.32, *de conver. conjug.*

c. i, nº 7, Aut (alter) vult intrare monasterium, et si alter commisit adulterium, potest etiam eo invito, quia commitendo adulterium perdit jus, quod habebat in altero quo ad mutuam servitutem...

c. iiii, nº 4... quando uxor commisit adulterium. Nam tunc cum maritus sit *solutus a servitute* uxoris, potest libere ingredi religionem.

c. xv, nº 4... per adulterium notorium *sine alia sententia* privatur adultera jure servitutis, quod habebat in marito et sic propria authoritate potest adultera deseri a marito.

(1) Potthast. *Regesta Pontificum Romanorum inde ab a. post Christum natum MCXCVIII ad a. MCCCIV* (Berlin, 2 vol. 1874-75), I, nº 1946.

(2) « *non tamen in sæculo* » ajoute la glose, *vº commorari*. Mais v. en sens contraire Balde, *infra*.

(3) Innocent III (1203) *X*.II.24, *de jurej.* c. xiv. Texte restitué dans Feudrix de Brequigny et La Porte du Theil. *Diplomata, chartae, epistolae...*, t. II, III, VI, 108 (fº, Paris, 1791) et reproduit par Migne (Pl., t. 215, col. 113) ; Tua nos duxit fraternitas consulendos quid tibi

Sans doute les jurisconsultes éprouvèrent-ils peu d'empressement à commenter cette solution qui faisait disparate dans la perspective de leur construction, et surtout eurent-ils quelque embarras à la doter d'une justification théorique, car ils ne lui consacrèrent, en général, que des explications d'une concision inaccoutumée. C'est ainsi qu'Hostiensis, dans la *Summa*, se borne à nous en transmettre la substance dans cette formule concise : « Nec valet si maritus juret non habitare cum uxore vel econtra : nisi ambo vellent contineri etiam profiteri » (1). De son côté, Innocent IV est également bref, mais beaucoup plus obscur (2).

Avec Balde, par contre, apparaît une exégèse plus proprement pratique, et par là même d'un intérêt plus immédiat. Lorsque les deux époux, se demande-t-il, promettront d'observer la continence, garderont-ils la faculté de rester dans le siècle, à supposer qu'ils entrent dans le Tiers-Ordre Franciscain ? A cela il répond affirmativement, car, dit-il, c'est assez qu'ils adoptent une manière de vivre continente, sans aller jusqu'à exiger d'eux une profession excessive (3).

Il était réservé à Panormitain, le grand jurisconsulte du xv^e^ siècle, de doter enfin cette règle de droit d'une justification rationnelle.

sit super hoc articulo faciendum, videlicet ; quod R. de Belloloco et Agnes uxor ipsius, olim adinvicem juraverunt se nunquam mutuo petituros ; idem vero nunc repetit illam instanter, ea econtrario affirmante, quod prius se faceret Saracenam, et perderet animam suam, quam redire ad eum, sed adulterum cui adhaesit postquam recessit ab eo libenter dimitteret, et castitatem promitteret et juraret. Nos igitur, fraternitati tuae super hoc respondentes, per apostolica tibi scripta mandamus, quatenus utrumque ad continentiam observandam moneas attentius et inducas ; quam si promittere voluerint et servare, utrumque dimittas sine alio commorari. Alioquin si vir noluerit continere, tu predictam uxorem ipsius ut revertatur ad eum, et tanquam uxor cum viro moretur per excommunicationis sententiam, appellatione remota, compellas cum et temerarium fuerit hujusmodi juramentum, et adulterium sit utrinque commissum (Datum Ferentini, XII Kal. Julii).

(1) Sur *X*.II, 24, *de jurej*, § 1.

(2) *Apparatus super libros V Decretalium castigatus a Francisco Moneliensi* (Venise, f° 1481) sur *X*.II, 24, XXIV, TUA NOS DUXIT.

(3) BALDE, *op. cit.*, *eod. loc.* : « Quaero, utrum quando volunt continere, sufficit quod continent in saeculo puta quod fiant de tertia regula Sancti Francisci, respond. sic. Nam satis est quod deferant habitum continentiae, *33, questione* 7 *quod Deo patri*, et argu. *ff. de jure fisci, l. I, accepto usu togae.* Imo sufficit continentia in domo sine aliqua abusiva professione, ut no. in authe. ut liceat matri et aviae ; quia vero et. ex consensu, quia ubi de vera castitate agitur, exterior habitus non curatur, quia interius efficitur, quod exterius praedicatur, argum. *ff. de capt, l. nihil.* »

Je pose la question suivante, déclare-t-il, *quid* si le mari a chassé son épouse, peut-il se la faire restituer en agissant au possessoire ? Et, commençant par citer les auteurs et la glose, il nous enseigne les arguments qui militent en faveur de l'une et l'autre thèse. Suivant une opinion l' « actio spolatorum » n'est pas possible dans ce cas, parce que c'est le mari qui s'est enlevé à lui-même son épouse, et qu'il ne peut par suite apporter la preuve, indispensable au possessoire, qu'il a été dépouillé ; étant entendu toutefois que le juge a pouvoir d'opérer de lui-même cette restitution. Suivant la thèse adverse, professée par la glose, quand le mari réclame sa femme, si celle-ci ne veut pas retourner avec lui, cela le constitue « spolié » ; et telle est l'opinion d'Hostiensis, malgré qu'il soit dit au Digeste que celui qui renonce à sa possession la perd, même dans le cas où il pense la reprendre plus tard (1). Car, répond cet auteur, nous sommes en présence d'une possession qui est privilégiée, en ce qu'elle ne peut disparaître par la seule intention ; soit qu'elle se trouve récupérée après avoir été perdue, aussitôt qu'elle est réclamée ; soit que, se trouvant liée à la propriété, elle ne puisse s'évanouir par la volonté nue. Une telle possession, ressemblant ainsi à la propriété, ne saurait donc être perdue irrévocablement.

Ayant ensuite, en quelques mots, résolu plusieurs objections, Panormitain aborde le problème qui nous intéresse dans les termes suivants : peut-il intervenir entre des époux un pacte « de non petendo » ? Sa réponse sera brièvement motivée tant la démonstration précédente lui semble convaincante ; elle est ainsi conçue : l'expulsion d'un époux ne créant pas d'obstacle à une restitution sur demande du coupable, on doit conclure *a fortiori* dans le même sens pour l'hypothèse de pacte (2).

(1) Ulpien, D.XLI.2, *de adqui. vel amitt. posses.*, xvii, § 1... Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult ; possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere.

(2) Panorm. sur *X*.II.13, *de rest. spol.*, c. xiii, nº 9. Quaero quid si vir repulisset uxorem : numquid posset petere restitutionem agendo possessorio ? G. III primo arguit quod non : quia seipsum spoliavit, postmodum determinat contrarium : quia eo ipso, quod repetit eam et illa non vult reddire, videtur eum spoliasse... Abbas refert magistrum suum tenuisse primam opinionem, quia iste hoc casu, non potest probare se

Par conséquent si l'un des contractants demande à l'autre de reprendre la vie conjugale, et que celui-ci s'y refuse, le premier se trouvant dépouillé de son droit pourra valablement exercer une demande en justice.

Nous connaissons maintenant le concept nouveau de « privilegiata possessio ». On serait tenté d'ajouter « et voilà pourquo votre fille est muette » (1).

Malgré sa généralité le raisonnement précédent ne suffisait pas à résoudre toutes les difficultés. Pour valider leur séparation consensuelle, les époux pouvaient, en effet, songer à appuyer d'un serment la conclusion de leurs engagements réciproques. On sait que le Droit Canon attachait un grand prix au respect d'un tel acte, et que le serment promissoire pouvait mettre en échec non seulement les règles du droit civil, mais celles même du Droit canonique (2).

spoliatum : quod est necesse cum agitur possessorio, *s. c. proxi.* dicit tamen, quod judex ex officio suo posset restitutionem facere *de jurejur. c. tua.* Sed Hostien. tenet opi. gl. Nec ob si dicatur, quod expellens animo amittendi possessionem perdit etiam si habeat animum recuperandi eam : ut *l. si quis vi § differentia ff de acqui. posses.*, quia secundum Hostien. possessio ista in hoc est privilegiata, quod non perditur solo animo : vel si perdatur solo animo, recuperatur eo ipso, quod repetitur... Vel secundum do(minum) Anto(nium) possessio in causa matrimoniali est conjuncta proprietati non abdicabili nuda voluntate. Sapit ergo haec possessio naturam proprietatis, ut non perdatur saltem irrevocabiliter... non obst. *c. Agathòsa* alle. in gl. quia ibi impeditur restitutio propter ingressum religionis factum de uxoris voluntate, vel propter adulterium prius commissum per uxorem, propter quod perdidit omne jus, quod habebat in marito : ideo licuit marito intrare religiobinem, ut ibi sed simplici repulsione alio non subsecuto, non impeditur restitutio, si postmodum repetitur et vult redire. Et ex praedictis non casum mirabilem, in quo potest quis solo animo perdere possessionem, saltem irrecuperabiliter. Et pro hoc facit, quod statim subditur in gloss. dum in secunda parte quaeritur, numquid inter conjuges habebat locum pactum de non petendo. Nec obest confessio, vel exceptio rei judicata. (nº 10) Et nota quod applicando gloss. ad text. probat., quod pactum de non petendo se adinvicem non impedit restitutionis petitionem,pro hoc quia si non obstat repulsio, ut s. conclusum est, fortius nec pactum.

(1) Malgré son ingéniosité extrême cette doctrine, resta, semble-t-il, sans écho. Ainsi dans Gonzales Tellez, l'un des derniers commentateurs des Décrètales, on n'en trouve pas trace. De même que dans les ouvrages des premiers exégètes, se remarque chez lui sur cette question une brièveté singulière. — *Commentaria perpetua in singulos Textus quinque Librorum Decretalium Gregorii IX* (Lyon, 1715, 4 vol., fº), t. II.

(2) Esmein, *Le serment promissoire dans le Droit canonique.* NHR 1888, pp. 248-311.

L'emploi de ce moyen allait-il permettre aux époux de tourner la prohibition ?

Sa valeur juridique n'était pas en réalité absolue, il était admis qu'il ne liait pas quand son accomplissement faisait naître un danger pour le salut de l'âme ou celui du corps, notamment conduisait à commettre un péché (1). C'est cette considération qui fut mise en avant pour dénier toute force obligatoire au serment des conjoints qui se séparaient. Car s'il est vrai que cette situation n'était pas en elle-même un péché, elle pouvait conduire ceux qui ne prononçaient pas un vœu de continence au péché d'adultère.

Cette jurisprudence fut établie par la même décrétale que nous avons citée, car les époux avaient eu recours à un serment que le Pape écarta en le déclarant « téméraire ». Panormitain, tirant les enseignements de ce texte trop bref, explique que les parties n'auraient pas fait un serment téméraire si elles l'avaient prêté en vue d'une cause honnête, entendez « propter continentiam servandam » ou bien « ut facilius vacent orationi et contemplationi » (2).

Il ne faudrait pas croire, cependant, qu'il suffisait dans tous les cas d'adjoindre au pacte « de non petendo » un vœu de continence pour être dès lors à l'abri de toute restitution. Car si la séparation avait lieu entre personnes trop jeunes, ou qui ne semblaient pas devoir observer leur promesse, le juge avait mission d'intervenir d'office pour empêcher ce « divortium » (3).

(1) C. XXII, q. 4, c. xxiii (Gratian.) Quisquis ergo se juramento firmaverit aliquid facturum, quo vel corporalis vel spiritualis salus adimatur, vel sine quo utraque salus reparari vel conservari non possit, fidem promissam servare prohibetur.

Panorm. sur *X*.I.43, *de arbitris*, c. ii, nº 7... juramentum non est observandum, quia non ligat ad peccatum.

(2) Panorm., sur *X*.II, 24, *de jurej.*, xxiv, nº 3.

(3) Panorm., *eod. loc.*, nº 1 *in fine* : Nota quod ex causa continentiae servandae possunt conjuges licite separare domicilium et cohabitationem. Hoc intellige, nisi sint juvenes et suspecti de incontinentia. Tunc enim judex debet ex officio suo occurrere et impedire separationem.

V. une application curieuse de cette idée en matière de fiançailles, dans un procès plaidé en 1455 devant l'official de Montivilliers, entre Jean Réart et Catherine, fille de Jean-Jean, fiancés per verba de futuro. Cette dernière, citée en solennisation de mariage s'y refusait, alléguant la dureté dudit Réart, et opposait à la demande un vœu de continence et de chasteté. L'official considérant « multum esse periculosum ipsam Katherinam, propter juvenilem etatem sine suspitione incontinentie in

Cette dernière solution montre la vanité des tentatives par lesquelles les jurisconsultes avaient essayé d'asseoir sur une base savante, mêlée de Droit Romain, une règle que seule une considération morale pratique justifiait.

* * *

Cette conclusion trouve une confirmation décisive dans une bulle intitulée « De temeraria tori separatione... » qui fut promulguée le 3 novembre 1586 par le Pape Sixte Quint ; ou plus exactement dans les circonstances ayant provoqué cette publication. Car le texte lui-même de cette loi pontificale faisait appel à un argument qui jusqu'alors n'avait pas été invoqué, pour fonder le caractère judiciaire de la séparation.

Toute la vaine et artificielle phraséologie des canonistes de la période classique est absente de ce document, cependant long et d'une composition diffuse. Il n'est plus question ici de droit réel imprescriptible, ni de pacte « de non petendo » ; la conception originale et creuse de « possession privilégiée » n'avait pas conquis l'estime du législateur.

Le Pape disposait simplement, et d'une manière formelle, que la séparation de corps consensuelle, ou arbitrale (1), est contraire à la loi divine : « nefas (est) conjuges fideles se propria voluntate aut arbitrio, a conjugali toro separare... » (2). Désormais la règle, qui jusqu'alors était flottante, enfermée dans une formule brève et pleine, avait donc le caractère absolu d'une norme de droit.

seculo remanere », lui enjoignit, sous peine d'excommunication, de prendre l'habit de religieuse. Arch. de la Seine-Inf., G. 5325, charte.

(1) Les canonistes classiques n'avaient pas cru devoir prohiber expressément et spécialement la séparation par voie d'arbitrage, cette défense étant comprise dans l'interdiction générale de faire arbitrer en matière matrimoniale. Honorius III, 1218 (*X*.I, 36, *de transact.*, xi), glose v^{o} *sacramentum* : sic patet, quod in matrimonio non habet transactio, seu compositio, locum, ut contra matrimonium aliquid statuatur : cum sit statutum ab ipso Domino in paradiso : « quia quos Deus conjunxit, homo non separet »... et causa matrimonialis per arbitros tractari non potest,... sed per judices discretos, qui potestatem habeant judicandi.

(2) C. Cocquelines, *Bullarium Privilegiorum ac Diplomatum Romanorum Pontificum Amplissima Collectio*, t. IV. Pars. IV, pièce LXX, § II, p. 267 (f° Rome, 1747).

Il n'est pas bon que le législateur, édictant une prescription nouvelle, se borne à l'affirmer sans autre justification, car, malgré son application forcée, elle pourrait ne pas emporter l'adhésion des esprits. C'est pourquoi cette bulle rappelait que l'union conjugale embrasse l'existence toute entière et que ce principe, commandé par le droit naturel, fut attesté par la révélation divine. Le texte de la Genèse que nous avons cité s'y trouvait transcrit, ainsi que les paroles du Christ : « Quod Deus conjunxit homo non separet », puis le Pape, faisant encore appel au témoignage de Saint Paul : « Sacramentum hoc magnum esse in Christo et in ecclesia » concluait : c'est pourquoi la séparation entre époux ne peut avoir lieu que pour une cause reconnue par le Droit canonique, établie et prouvée devant le juge d'Eglise, et par sa seule autorité : « ...nisi ex causa a Sacris Canonibus permissa, et auctoritate, ac judicio Ecclesiae cognita et probata. »

Voilà qui était bref et pouvait sembler concluant.

Cependant, en réalité, il n'est parlé nulle part dans l'Ecriture de la séparation de corps, ni par suite de la forme qu'elle doit revêtir dans l'organisation du droit. Les grands jurisconsultes de la période classique ne s'étaient pas mépris sur ce point, et s'étaient bien gardés d'invoquer des textes dont le seul objet était de proclamer l'indissolubilité du mariage.

Ce n'est pas néanmoins sans raison que Sixte-Quint faisait ainsi appel à un argument dont la portée était apparemment décisive ; mais le vrai motif de son intervention, c'était toujours la crainte de favoriser l'adultère. Si, sur cette fin du XVI^e^ siècle, le chef de l'Eglise croyait nécessaire de rappeler aux habitants de Rome que seul le juge avait pouvoir de relâcher le lien matrimonial, c'est que la débauche régnait alors dans la ville de Saint-Pierre. Le préambule de ce document en porte témoignage, en éclairant d'un jour sinistre l'état de cette société corrompue où le divorce s'était en fait rétabli dans les mœurs, avec tous les vices qui signalent ses abus. Le titre complet de la Bulle était, en effet, libellé : « de temeraria tori separatione, ac publicis adulteriis, stupris, et lenociniis, in quibusdam casibus severius in Alma Urbe puniendis. »

Le foyer conjugal semblait le seul refuge possible de la vertu,

qu'il allait par suite protéger contre tout ce qui pouvait amoindrir sa force de résistance. La famille unie et stable, c'était la digue qui seule pouvait contenir le flot montant de l'immoralité ; permettre aux époux de suspendre à leur gré le devoir conjugal, c'était créer dans l'ouvrage de défense un point faible, où les éléments déchaînés feraient facilement brèche. Et bien plus que les textes cités dans la Bulle, cette considération légitimait la décision papale.

C'est pourquoi, tandis qu'Innocent III dans sa décrétale prévoyait simplement le rétablissement forcé de la vie commune ; Sixte-Quint, le moment étant grave et l'avenir lourd d'inquiétudes, proclamait que cette séparation constituait un délit qu'il fallait frapper d'un châtiment sévère : « Apostolica auctoritate statuimus, et ordinamus, ut conjuges, qui quaeve indissolubilem matrimonii nexum divina lege copulatum contemnentes, sine Ecclesiae judicio, seu Ecclesiastici judicis sententia, propria temeritate a communi cohabitatione discesserint, aut se a conjugali toro separare praesumpserint, *arbitrio judicum pro excessum gravitate puniantur.* » (1).

Ce changement d'attitude n'était donc pas le signe d'une transformation des idées. L'Eglise ne faisait qu'adapter aux exigences particulières du moment, et du milieu social, le principe qui depuis saint Paul a toujours traduit sa pensée, et qui forme le leit-motive de cette évolution : le mariage avec ses droits et ses devoirs constitue le meilleur remède de l'incontinence.

(1) § II, *in fine*. La dite Bulle punit, en outre, un certain nombre d'autres délits du même ordre. Elle prévoit notamment (§ III) que le mari qui, par dol, fraude, ou par quelque autre manière, aura trompé le juge, et aura obtenu une séparation selon le Droit canonique, et qui ensuite vivra publiquement avec une maîtresse ou une courtisane, et se roulera éhontément, dit le texte, dans la fange de la luxure et de l'adultère, sera puni du dernier supplice « poena ultimi supplicii plectendum esse ».

Le même châtiment est prévu contre l'épouse (§ IV) qui, prétextant les mœurs, sévices, fureurs, démence, impuissance ou autres délits de son mari, ou bien encore provoquant la discorde pour tâcher d'obtenir d'échapper au joug marital, obtiendra ainsi une séparation, — et même provoquera un jugement de l'Eglise en apportant une cause réelle et valable, si elle en profite par la suite, forte de l'autorité des lois et des juges, pour satisfaire sa soif de luxure.

§ 3. — Le juge d'Église réprime le delit de separation volontaire entre époux.

Mis en face de situations morales individuelles, le juge, rendant manifeste cette plasticité du droit qui régit les rapports conjugaux, négligera les constructions rigides des auteurs et la généralité des principes par eux élaborés, pour se montrer indulgent ou sévère suivant les exigences de la cause qui lui sera soumise. Et c'est ainsi que nous pourrons voir reparaître, sinon dans le droit théorique exprimé par les textes, du moins dans le droit vivant traduit par la jurisprudence, le consentement mutuel des époux, sans qu'un vœu le renforce, reconnu comme fondement d'une séparation valable.

Nous examinerons tout d'abord les espèces où, précédant la décision du Pape Sixte-Quint, le juge punit comme un délit l'existence de fait séparée, et ce sera l'objet du présent paragraphe ; ensuite, analysant les décisions de la jurisprudence, nous verrons comment la séparation primitive s'était modifiée sous la pression des faits ; et enfin, nous assisterons à la renaissance de la validité du double consentement des parties, dans la conclusion d'actes ressortissant à la juridiction gracieuse.

* * *

Le plus ancien recueil qui nous ait conservé les décisions d'une Cour d'Eglise en France, est le fameux registre de l'Officialité de Cerisy en Normandie, dont les premiers jugements datent de l'année 1314 (1). A cette époque l'évêque (en l'occurrence c'était l'abbé qui par privilège était investi de la juridiction) ne ren-

(1) Arch. de la Manche, H. 1407, *Registrum curie officialis cerasiensis*, publié par Dupont dans les *Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie*, XXX[e] vol. (1880, Caen-Rouen).

La rédaction de ce paragraphe était achevée depuis plusieurs mois lorsqu'a paru, dans le *Bulletin de l'Institut catholique de Paris*, 1929, pp. 137-150 (numéro du 25 avril), un article de M. le Chanoine Le Picard intitulé : *Les injonctions de l'official de Cerisy aux époux séparés*. Notre développement ne dispense pas de s'y reporter, les conclusions de cet article étant très différentes de celles auxquelles nous allons aboutir.

dait plus lui-même la justice, charge que l'accroissement de compétence réalisé au xe siècle avait rendue trop lourde, mais chargeait de ce soin un mandataire appelé official (1). D'ailleurs durant cette période les pouvoirs répressifs du juge d'Eglise s'étaient accrus. Tandis qu'avant la fin du xiie siècle il ne pouvait poursuivre les crimes que sur l'initiative d'un tiers dénonciateur ou accusateur ; désormais il avait la faculté d'agir de lui-même dès qu'il était averti par la rumeur publique. Cette procédure connue sous le nom d' « inquisitio », était due au Pape Innocent III, et devait par la suite, passer du Droit Canon dans les législations modernes (2).

L'ancienne pratique des assemblées synodales était, d'autre part, demeurée en vigueur. Sous le nom d' « inquisitio generalis » le registre de Cerisy en atteste la survivance (3).

En l'an 1314, dans la paroisse de Littry, à la suite du mandement ordonnant la convocation des fidèles pour procéder à l'enquête générale sur les mœurs, nous voyons les « probi homines » prêter serment de dénoncer les paroissiens coupables, et tenir scrupuleusement parole, car l'un d'eux apparaît dans la liste des « diffamati ». Les concubinages qui fleurissaient dans le pays nous sont ainsi connus, au milieu desquels nous lisons : « Johannes la Pie et Johanna ejus uxor male se tractant, *nec jacuerant simul a decem et septem annis* » (4) ; l'un et l'autre d'ailleurs prenaient soin de consoler leur solitude, car les noms de leur compagnon d'existence étaient révélés à l'Official avec les leurs. Le registre ne nous dit pas si des peines leur furent infligées.

(1) v. Paul Fournier, *Les Officialités au Moyen-Age, de 1180 à 1328* (Paris, 1880), p. 3.

(2) Paul Fournier, *op. cit.*, p. 262 : « Le Droit Romain n'organisait aucune procédure contre les « diffamati fama publica ». C'est au Droit canonique qu'appartiennent en propre les innovations qui permirent de les poursuivre, afin de reconnaître si oui, ou non, le bruit était fondé..., p. 268 : la première trace certaine en apparaît dans une décrétale du 22 septembre 1198 (*X*. III, 12, 1). » La justification de cette procédure était cherchée dans les paroles du Seigneur avant de prononcer la sentence de Sodome (Gen., XVIII, 21).

(3) *Officialité de Cerisy*, 17 février 1315 (no 25 *a*) : Inquisitio generalis facta de heresi, de usurarum pravidate, de lepra, de fornicationibus, de raptoribus et aliis criminibus, anno Domini, Mo CCCo XIIIIo die lune post Reminiscere, per juratos quorum nomina sequ untur...

(4) *Off. de Cerisy*, no 9 *e*.

La visite faite à Deux-Jumeaux le 28 mars 1319 mentionne une accusation analogue : « Th. Bequet uxoratus [et] Agnes ejus uxor... *seorsum habitant*, et mulier de incontinentia diffamatur (1) » ; il n'est pas davantage indiqué de sanction. Il est donc vraisemblable que l'Official s'était borné à une admonition.

Par contre, le 16 novembre de la même année, nous le voyons enjoindre à un mari de revenir à son épouse, sous peine de 50 livres d'amende : « ...injunximus Henrico le Portier, clerico, quod ad penam L librarum ipse cum... uxore sua, bene et legitime staret... et quod eam legitime tractaret sicut eidem promiserat in facie ecclesie... » (2). Pour ces époux l'irrégularité de vie présentait un certain attrait, car leur union avait été conclue peu d'années auparavant, par décision de l'Official, pour légitimer un commerce antérieur (3).

Chaque année des faits du même ordre sont dénoncés au juge, dont les menaces n'obtiennent pas grand succès, car les mêmes noms reviennent comme un écho aux assemblées. C'est Jean le Seeley qui, en 1322, « diffamatur de eo quod non reddit debitum uxori sue... », à qui l'official ordonne « sub pena x librarum turonentium ut de nocte in noctem jaccat cum uxore sua semper de cetero... », et dont l'injonction est si peu respectée qu'on la voit renouvelée en vain pendant quatre ans. Cependant le juge y avait mis du sien, limitant en 1325 ce rapprochement forcé à une durée d'un mois, et l'invitant seulement à faire tout son possible : « quod secundum posse suum faciat dicte uxori quod debet facere » (4). C'est Thomas la Pie et son épouse qui, en 1325, sont séparés depuis cinq ans, à qui le juge impose la reprise des rapports conjugaux sous peine de pilori (5) « ad

(1) *Off. de Cerisy*, n° 64.
(2) *Off. de Cerisy*, n° 71.
(3) *Off. de Cerisy*, n° 25 *b* : « Henricus le Portier, clericus, diffamatur de Thomassia, filia Ricardi le Guileour. Quia confessi sunt quod postquam sese abjurarunt sub conditione, si carnalis copula inter eos interveniret, quod ex tunc matrimonium contrahebant, et sese matrimonialiter consenserunt, ipse eam carnaliter cognovit pluries, etiam citra tres septimanes, ipsos adjudicamus in maritum et uxorem. (*Inquisitio generalis*, 3 mai 1315, v. II *a*, 46 et 110.)
(4) *Off. de Cerisy*, n^{os} 95, 112 (1323), 119 (1324), 124 (1325), 127 (1326).
(5) La peine de l'échelle étant très usitée au XIV^{e} siècle. L'ordonnance du 22 février 1347 l'édictait contre les blasphémateurs, et accordait expressément aux assistants le droit de jeter au condamné de la boue

penam scale quod unus faciat alteri quod debet facere », et dont résulte une réunion où règne si peu l'accord, que l'official doit plusieurs fois intervenir (1). C'est enfin, pour limiter une énumération qui serait fastidieuse (2),la Coquete et Théodore Rigal, dont pendant plus de dix ans nous voyons dénoncer la discorde et les multiples adultères, malgré le pilori et les amendes ; si bien que l'official, prenant conscience de l'inefficacité de ses efforts, se borne en 1332 à cette simple mention « Thouroudous et la Coquete male se habent ut prius. » (3).

L'intervention du juge d'Eglise parfois ne manquait pas d'humour, témoin le cas de ce pauvre homme, dont la femme avait fui avec un amant, sans qu'il y consentît, et qui se rendit « au devin... ad sciendum et pronosticandum ubi erat mulier ». Le juge le consola de sa mésaventure en frappant d'une amende le ravisseur et l'épouse infidèle, et sa sollicitude alla jusqu'à faire renaître chez les deux conjoints des sentiments communs, du moins à son égard, en taxant également la démarche impie du mari (4).

Le registre de Cerisy, après une interruption due au malheur des temps pendant l'occupation anglaise, se termine en 1457. Il contient bien d'autres exemples de séparations volontaires (5), qui montrent l'impuissance des sanctions dont usait l'official, y compris même le pilori. Mais une constatation plus étonnante

et des ordures : « Et lui pourra l'on jetter aux yeulx boues ou aultres ordures, sans pierres ou choses qui le blessent ; et après ce, demourra ung mois entier au pain et à l'eau, sans aultre chose. » *(Ordon. des Rois de France*, t. II, p. 282 ; v. également le *Grand Coutumier*, liv. I, ch. 10, *Du Villain serment.)*

(1) *Off. de Cerisy*, nos 124 (1325), 127 (1326), 137 (1331), 144 (1332).

(2) *Off. de Cerisy*, nos 136, 161 ; nos 143, 217, etc...

(3) *Off. de Cerisy*, nos 127 (1326), 132 (1328), 137 (1331), 144 (1332), 167 (1334), 177 (1336), 183 (1336), 215 (1341). Ce Théodore Rigal était un habitué du prétoire, nous le voyons « diffamé » en 1334 « pro eo quod vendidit furmentum III solidos ad terminum » (no 67).

(4) *Off. de Cerisy*, no 390 *h*, *k*.

(5) *Off. de Cerisy*, no 182 : « Injunximus Colino le Coq, ad penam XL librarum et scale, quod de cetero tractet fideliter uxorem suam sicut bonus et probus homo, et eidem uxori similiter ad dictam penam quod eat cum dicto Colino, et quod ei faciat sicut bona uxor debet facere marito suo » (1336).

No 366 *k* : « ... injunctum fuit Philippote... uxorata, ad penam decem librarum turonensium, quod permaneret cum marito suo, et quod carnaliter se non permisisset cognosci, a Johanne Guille... » (1393).

résulte de l'absence de toute sentence de séparation judiciaire pendant cette longue période ; seule une formule insérée dans les dernières années rappelle son existence (1). Les époux, semble-t-il, n'avaient recours au juge que dans le cas où, désirant se remarier, ils invoquaient une cause de nullité de mariage (2) ; ils se dispensaient d'engager des dépenses pour une simple séparation que leur accord suffisait à former (3).

Le ressort de l'abbaye était donc resté étranger au progrès général du Droit canonique accompli au cours des XII^e^ et XIII^e^ siècles, et les pratiques qui étaient demeurées en vigueur rappelaient celles du temps de Réginon.

Nous n'avons que cette source unique pour connaître le droit appliqué au début du XIV^e^ siècle (4) ; car si le formulaire de Guillaume de Paris, rédigé entre 1290 et 1291, nous donne bien les règles suivies et les formules reçues par l'Officialité parisienne à cette époque, il ne contient aucune disposition relative à la séparation volontaire (5). Il nous faut attendre tout près d'un siècle pour savoir, par l'étude du seul registre de causes civiles que nous ayons gardé, quelle était la jurisprudence pratiquée à Paris en cette matière particulière (6).

(1) *Off. de Cerisy*, n° 428.

(2) *Off. de Cerisy*, n^os^ 54 *a* (1317), 56 *c* (1317), 81 *b* (1320).

(3) Nous n'arrivons pas à comprendre comment GLASSON a pu écrire : « [les affaires] qui se présentaient le plus souvent devant l'abbaye de Cerisy étaient les causes matrimoniales, questions de validité du mariage, de fiançailles, *demande en séparation de corps* [*sic*]... les demandes les plus nombreuses étaient celles de séparation de corps pour adultère, mauvais traitements, etc... (*Etude sur le Registre de l'Official de Cerisy*, NRH, 1885, p. 123.)

(4) Il y a lieu de penser que l'attitude de l'official de Cerisy était l'expression d'une pratique très générale, car au milieu du XIV^e^ siècle nous voyons l'official de Mende poursuivre Jean Renouard, qui avait abandonné sa femme pour vivre avec une concubine. ARCH. DE LA LOZÈRE, G. 934 (1340-1345).

(5) TANON, *Notice sur le formulaire de Guillaume de Paris*, dans *Notices et Extraits des Mss*, t. 32, 2^e^ p., pp. 197-273 (Paris, 1888).

(6) ARCH. NAT., Z, 1 o, 26 ; registre publié par JOSEPH PETIT, *Registre des causes civiles de l'Officialité épiscopale de Paris*, 1384-1387, dans *Coll. des Doc. inéd. sur l'Hist. de Fr.* (Paris, 1919.)

De la même époque nous possédons également plusieurs registres de l'officialité de Chartres ; ARCHIVES D'EURE-ET-LOIRE, G. 811 (1380-1383), G. 812 (1398-1401), ainsi que quatre autres du début du XV^e^ siècle, en plus d'un registre d'amendes, G. 817 (1380-1434).

Date encore de la même époque le plus ancien des nombreux registres de l'Officialité de Troyes, source d'une incomparable richesse pour étu-

Alors qu'à Cerisy la séparation obtenue par jugement était encore complètement ignorée, l'Official de Paris entre 1384 et 1387, prononçait de très nombreuses sentences de « divortium » ; il n'avait par contre à intervenir que d'une manière exceptionnelle, contre des époux séparés par l'effet de leur seule volonté (1). Il procédait dans ce cas de la même manière que son collègue de Normandie, et pour des motifs analogues : adressant aux conjoints une injonction, dont une peine devait assurer le respect, et leur défendant de poursuivre des relations coupables :

« Injunctum est Petro Poutronne et Perrete, ejus uxori, ut « insimul morentur sub pena excommunicationis, et xx l. et « scale, et dicto viro ut eam tractet amore conjugali, et quod « ipsa mulier etiam obediat eidem viro sub eadem pena ; pre- « terea fuit injunctum eidem mulieri ne conversetur in loco « suspecto cum magistro Dominico de Bonnes etc., sub consimili « pena... » (2).

La jurisprudence formée par l'ensemble de ces décisions semble donc constituer une simple modalité de la lutte générale de l'Eglise contre la fornication (3). Certaines interventions débor-

dier l'état des mœurs au XV^e siècle, ARCH. DE L'AUBE, G. 4170 (1390-1396). V. l'*Inventaire sommaire* publié par D'ARBOIS DE JUBAINVILLE et FRANCISQUE ANDRÉ, série G., t. 2 (1896).

(1) *Off. de Paris*, f° 153, v°, f° 200 r°, f° 204 v°, f° 294 v°.

Cette opposition qui surprend tout d'abord ne semble pas tant le résultat d'une meilleure moralité publique, que d'une action plus énergique de l'official. Au lieu de reprendre indéfiniment les mêmes injonctions, il n'hésitait pas à jeter en prison le coupable qui ne se soumettait pas : « Réginaldus Aymar, qui fuit hodie retentus prisonarius propter inobedientiam per eum factam domino officiali, promisit et juravit ad sancta Dei Evangelia quod de cetero non conversabitur cum Robineta la Guerine... et quod tractabit amicabiliter Johannetam, ejus [uxorem]...et emendavit dictam inobedientiam... » (*Off. de Paris*, 4 août 1386, f° 204 v°)

Par contre, le « *Liber Practicus de Consuetudine Remensi* » laissait aux époux eux-mêmes le soin de faire cesser la séparation de fait. Il se contentait, en effet, de décider que lorsque la femme voulait agir contre son mari « ut ea sibi reassociaret » (cclxxxiii, p. 225), ou encore « super eo quod recusabat injuste cohabitare cum ea, et ipsam affectione maritali tractare » (ccclxxxviii, p. 301), celui-ci devait pourvoir avec les biens communs aux dépens du procès. (Publié par VARIN, *Archives législatives de la ville de Reims*, t. I, 1840, dans *Coll. des docum. inéd. sur l'Hist. de Fr.*)

(2) *Off. de Paris*, 18 juillet 1386, f° 200 r°.

(3) Cette répression des mauvaises mœurs allait jusqu'à autoriser l'official à faire usage du procédé barbare de la « question », contre l'accusé prévenu d'adultère qui refusait d'avouer son crime.

Off. de Chartres : « Mercurii post conceptionem Marie (11 déc. 1409) : Coram venerabilibus viris... constitutus Egidius Letort, clericus, prisio-

daient cependant ce cadre, pour s'inspirer d'autres principes. Nous avons vu l'Eglise protéger la faiblesse de la femme contre la rudesse des mœurs dans la société franque ; si, avec la civilisation et la prédication de l'esprit de charité, une telle mission sociale avait perdu sa raison d'être, il pouvait subsister des cas individuels où la brutalité maritale rendait intolérable la vie commune (1). Lorsque l'épouse avait abandonné le foyer pour

narius noster, requisitus ab eisdem dominis de veritate dicenda, dixit quod nihil aliud sciret dicere nec confiteri, etc... Item coram eisdem dominis commissariis constitutus et ductus ad locum questionum, quo consuetum est prisionarios questionari, et ab eisdem commissariis nostris requisitus ut diceret veritatem super casibus sibi impositis, vel aliter oportebat contra ipsum secundum sententiam informationis factam procedere, qui dixit quod nihil aliud sciret dicere quam alias, etc. Et propter hoc dicti commissarii volentes contra dictum prisionarium procedere, instante promotore officii, preceperunt eidem ut se spoliaret, qui respondit quod non se spoliaret. Et propter hoc preceperunt geolario ut eum spoliaret. Et sic spoliatus et existens in camisia coram ipsis, et manibus a tergo ligatis, et adductus ad funem et ibidem ligatus, dum dictus geolarius vellet trahere,predictus prisoniarius dixit quod appellabat ; et interrogatus ad quem appellabat, dixit quod appellabat ad parlamentum. Et sic penitus diligatus revestitus fuit, et amplius non fuit processum contra eum. » Par la suite Gilles Letort renonce à son appel et avoue sa faute, en invoquant des circonstances atténuantes : « Jovis post sanctam Luciam (19 décembre). Dictus Egidius Letort, coram Nicolao Charronis constitutus, confessus fuit quod, jam diu est, carnaliter cognovit quamdam mulierem vocatam la Beraude, sed hoc fuit ex nimia requesta et instantia ipsius mulieris. Et negavit alias mulieres cognovisse. » Pour lui faire expier son crime et son parjure, il est taxé à la somme considérable de 60 livres parisis. (Arch. d'Eure-et-Loire, G. 815. L. Merlet, dans *Biblioth. de l'Ecole des Chartes*, 1886, pp. 581-582.)

(1) Le pouvoir civil n'intervenait qu'en cas de crime, par exemple le Parlement de Paris adresse le 8 août 1317 un mandement au bailli de Vermandois, de faire une enquête sur la conduite de Pierre le Grasset, accusé d'avoir fait périr sa femme à force de la battre. (Boutaric, *Actes du Parlement de Paris*, n° 4980, dans *Invent. et docum. publiés par ordre de l'Empereur*.)

Les peines prononcées par l'Eglise n'atteignaient pas toujours leur but, témoin cette poursuite datée du 22 septembre 1336 : « Dymênche après la S. Mahiu, apostre : Jehan Duquesne, demourant en la rue aus Gravelliers, amené en nostre prison par Robert le geolier et Bernart le piquart, nos sergens, qui ycellui prinstrent en la rue Michiel Leconte, devant chastiau Belin, par nuit, à chandelles allumans, à chau et à cri, pour ce que l'an disoit que il avait navrée Jehanne, sa fame, divorcionnée et séparée de lui à la court l'official de Paris, et laquelle fut veue navrée a mort et en perilg de ses membres, et pour ce que ledit Jehan fu trouvez, un coustel tout nu tenant en sa main, tout senglant. Raporté, le péril hors de mort et de mehaing, par Jaques le mire. Amende » (L. Tanon, *Registre criminel de la Justice de Saint-Martin-des-Champs, à Paris, au XIV^e siècle*, 1332-1357, p. 71. Paris, 1877.)

ce motif, l'Official intervenait encore pour provoquer la réconciliation, enjoignant au mari de mettre un frein à ses violences, dépassant la mesure permise entre époux, sous peine d'excommunication et d'une amende (1) :

« Hodie injunximus Johannete, uxori Maheleti Varlet, latho-
« mi, ut sub pena excommunicationis redeat cum marito suo, et
« inhibitum dicto viro ne sub pena excommunicationis et qua-
« draginta l. p. predictam uxorem suam *ultra modum conjugalem*
« verberet aut maletractet... » (2).

Que ce fut pour faire cesser ou empêcher de naître le péché d'adultère, ou bien pour mettre un terme aux violences du mari, l'intervention du juge d'Eglise présentait jusqu'alors un caractère particulier. L'Official ne prononçait pas une décision pénale, réprimant le fait de séparation volontaire ; il ne faisait pas œuvre de juridiction ; mais, exerçant à l'égard des mœurs conjugales un véritable droit de police, il prenait un arrêté individuel et donnait un ordre aux conjoints. Les peines d'amende et de pilori qui frappaient les époux récalcitrants, ne constituaient pas la

(1) *Off. de Cerisy*, 16 juillet 1341, n° 217 : « ...nos injunximus Inguerrano Douin, ad penam XL librarum et scale, quod de cetero tractet suam uxorem bene et pacifice sicut probus homo ; nec eam verberet indebite... » Une précédente intervention, le 17 mars 1332 (n° 143 *c*) n'avait donc pas eu un effet durable.

Off. de Paris, 18 déc. 1386, f° 242 r° : « Inhibitum est Johanni Grimaut, alias Maupercé, ne ipse sub pena excommunicationis et XL l. maletractet aut verberet ultra modum conjugalem Margaretam, uxorem suam, et similiter fuit inhibitum dicte uxori sub pena consimili ne dicat aliquas injurias dicto marito suo. »

Il arrivait même que l'official eût dans ce cas recours au procédé des *astreintes* : « Officialis actrebatensis condempnaverat maritum ad hoc quod ejus uxorem tractaret non severiter, sed affectione maritali ; et ut caveret de non male tractando, elapsis quin decim diebus a tempore sententie, officialis suam sententiam seu cautionem, de qua in sua sententia dixerat, declarans dixit : Quod ille maritus se obligaret de quingentis libris parisiensibus quociens male suam uxorem tractaret, media parte curie solvenda, et alia dimidia uxori. Ab ista declaratione fuit appellatum ; et persuadebatur quod juste » (suit une justification motivée par des textes de D. R.) *Liber practicus de Consuetudine Remensi*, CCIII, *op. cit.*, p. 170.

(2) *Off. de Paris*, 8 févr. 1386, f° 153 v°.

cf. Philippe de Beaumanoir (1246-1296), *Coutumes de Beauvaisis* (ed. Salmon), n° 1631 : « ... il loit bien à l'homme a batre sa fame sans mort et sans mehaing... quant ele ne veut obeir a ses resnables commandemens. » N° 1629 : « ... mout doit preudfame soufrir et endurer avant qu'ele se mete hors de la compaignie de son mari ».

sanction du refus réciproque de cohabitation, mais de la désobéissance à cet ordre légitimement donné (1).

Parfois, d'ailleurs, l'official imposait aux conjoints séparés la prestation d'un serment les obligeant à reprendre la vie commune, et à se garder des motifs qui avaient amené leur discorde (2). La peine apparaissait alors comme le châtiment apporté à la violation du serment.

Mais les esprits devaient s'habituer, ne considérant que la cause et la peine, et faisant abstraction du procédé interposé pour son application, à ne plus voir dans cette dernière que la sanction directe de la séparation décidée sans jugement.

La qualification expresse de délit appliquée par le promoteur (3) à cette situation de fait, consacrant ainsi la déformation des principes, apparaît pour la première fois, à notre connaissance, en l'année 1529 (4), dans une cause semblable à beaucoup d'autres (5) plaidée devant l'Official de Troyes :

« Supradictus promotor, suam contra affatos reos coram no-
« bis faciendo peticionem, suum formando propositum, diccit et

(1) Cette jurisprudence a persisté très longtemps, on en retrouve encore l'application en plein XVII^e siècle. C'est, par exemple, l'official de Besançon qui, le 29 mai 1618, condamne Jeanne Quefemme à reprendre la vie commune avec son mari Pierre Beau, de Besançon (ARCH. DU DOUBS, G. 552) ; ou encore le 30 décembre 1687, ordonne à Barbe Richard, du Val d'Ajol, et à son mari François Robert, de Chaux, territoire de Fougerolles, de se remettre ensemble (ARCH. DU DOUBS, G. 560), c'est également l'official de Perpignan qui, par une sentence rédigée en latin-catalan, donne ordre, le 24 mai 1660, à Antoine Andreu d'Estagel, de cohabiter avec sa femme « y fassa ab ella un foch, un llum, una taula y un llit, y altrement le tracte y benere persa sposa donada de la ma de Deu Nostre Senyor » (ARCH. DES PYR.-OR., G. 152).

(2) *Off. de Cerisy*, n^os 127, 261 ; *Off. de Paris*, f° 204 v°.

(3) Les promoteurs exerçaient auprès des cours d'Eglise les fonctions du ministère public ; leur création n'est pas antérieure au XIV^e siècle ; le premier texte où il est fait mention de leur existence paraît être le Cartulaire de Saint-Germain-l'Auxerrois en 1329. (P. FOURNIER, *op. cit.*, p. 29 et s.).

(4) *Off. de Troyes*, 3 juin 1529, ARCH. de L'AUBE, G. 4209, f° 1. V. pièce justificative, n° 1.

(5) Les poursuites intentées par le promoteur contre les époux vivant séparés sont si fréquentes devant l'Official de Troyes pendant le XV^e et le début du XVI^e siècles, qu'il n'apparaît guère de séparation judiciaire dont la procédure n'ait commencé sous forme de défense à une citation en reprise de la vie commune.

V. ARCH. DE L'AUBE, G. 4181, f° 162 r° ; G. 4184, f° 50 v° ; G. 4185, f° 100 v° ; G. 4189, f° 23 v°, f° 139 v° ; G. 4193, f° 265 v° ; G. 4197 f° 120 r° ; G. 4198, f° 2 r° ; G. 4199, f^os 1, 9, 157. Formule de citation G. 4219.

« proposuit quod... ipsi rei sese ab invicem separaverunt abs-
« que auctoritate justicie *in hoc gravissime delinquintes...* »

Le représentant du ministère public, confirmant qu'il ne s'agissait pas d'un changement simplement verbal, ne se bornait pas à requérir le prononcé d'une injonction, mais bien d'une peine applicable à la faute poursuivie :

« Quare petiit et conclusit dictus promotor contra affatos
« reos ut ipsi rei per nos nostramque sententiam diffinitivam
« condannentur, condennatique cogantur et compellantur viis
« et censuris nostris ecclesiasticis mediantibus simul redire,
« et ut virum et uxorem ac veros conjuges decet morari et in
« communicate bonorum vivere, *condannentur in emendam ac*
« *alias puniantur secundum casus exigentiam...* »

Qu'il nous suffise de citer, pour montrer que cette conception n'était pas enfermée dans une décision isolée, mais était adoptée comme base de la jurisprudence, une poursuite analogue intentée en 1534, par devant le même official contre Etienne Format, seigneur de Montgueux, et son épouse Nicole de Saint Aubin, qui suivant la pratique établie et vainement combattue par le promoteur, vivaient une existence distincte sans avoir demandé autorisation à justice (1). Le ministère public concluait pareillement dans cette affaire à ce que les époux fussent obligés de revenir ensemble, « et emendent hujusmodi *delictum* « secundum ipsius exigentiam » (2).

Qu'était-ce donc que cette séparation judiciaire, dont l'Eglise prenait un tel soin d'assurer le règne exclusif, allant jusqu'à frapper d'une peine les époux qui pensaient atteindre au même but sans y avoir recours ?

(1) *Off. de Troyes,* G. 4202, f° 75 r°. Cette poursuite intentée contre des personnes de qualité est particulièrement intéressante ; nous verrons que la jurisprudence laïque des Parlements ne respectera pas le même principe d'égalité entre les classes sociales, même sur cette question de droit matrimonial.

(2) Nous avons bénéficié pour l'étude des Registres de Troyes, qui sont d'une lecture particulièrement difficile, de la précieuse collaboration de M. Droppé, archiviste-paléographe, à qui nous sommes heureux de témoigner ici notre reconnaissance.

§ 4. — **La jurisprudence édifie un système de séparation entre époux, distinct du « divortium quoad thorum » et qui ne ressortit pas à la juridiction contentieuse.**

Quand nous avons vu apparaître au cours du XII^e^ siècle, à l'issue d'une longue lutte pour l'indissolubilité du mariage, le « divortium quoad thorum », nous nous sommes demandé, en présence du système rigoureux et étroit édifié par le Droit canonique, si une telle conception était viable ? Et montrant les données que le législateur ne pouvait méconnaître, nous avons mis en doute le caractère définitif d'une construction, où une mesure pénale entendue d'une manière restrictive, était mise à la place du remède aisément accessible nécessité par la nature des choses. En abordant ensuite l'histoire de cette institution, et pénétrant la vie du droit dans son intimité, nous avons vu le juge poursuivre et réprimer les tentatives par lesquelles les époux, sans observer les règles édictées, s'octroyaient les effets de cette séparation.

Etait-ce toujours la même institution, conçue comme une sanction de la loi conjugale, que l'Eglise s'efforçait ainsi de maintenir dans son intégrité ?

L'étude attachante et féconde des monuments de la jurisprudence va nous montrer comment, sous la pression des faits, s'était bâtie une construction nouvelle plus spacieuse et plus conforme aux besoins de la moyenne des hommes, que cependant des conjoints impatients travaillaient à élargir encore.

En réalité, le germe de ce développement était contenu déjà dans les Décrétales. Car, si les Papes du XII^e^ siècle avaient bien restreint, conformément à l'Evangile selon saint Mathieu, le divortium à l'hypothèse de fornication, ils avaient néanmoins été forcés de reconnaître qu'en dehors de ce cas l'existence conjugale pouvait parfois devenir impossible. C'est ainsi qu'Alexandre III avait décidé qu'une épouse, ayant juste sujet de craindre pour sa vie, s'il était fait droit à l'action en restitution formée par son mari, serait remise à la garde d'une femme hon-

nête et probe, dans un lieu où elle serait à l'abri de ses violences et de celles des siens « usque ad causae decisionem » (1). De même Innocent III, à propos d'une demande semblable à laquelle était opposée une exception de consanguinité tendant à l'annulation du mariage, avait posé en principe que la restitution devait être refusée si la preuve de la défense était prête ; que, par contre, elle devait être prononcée dans le cas contraire ; mais il ajoutait cette réserve : « à moins que l'emportement du mari ne fasse appréhender pour la sécurité de la femme » (2). Il y avait là une pierre d'attente qui appelait d'une manière manifeste un élargissement de la séparation. Mais, retenus par une exégèse trop littérale de l'Ecriture, les grands législateurs de cette époque n'avaient pas été plus loin dans cette voie. Il était réservé aux praticiens, plus proches des réalités, de parfaire l'œuvre ainsi amorcée ; car cet éloignement de pur fait, possible seulement en cas de péril de mort, précaire et inorganisé, n'était nullement satisfaisant.

Dès la seconde moitié du XIII^e siècle, nous rencontrons un témoignage irrécusable de l'insuffisance du système initial, déjà complètement débordé, dans le chapitre « des mautalens qui muevent entre ceus qui sont en mariage... et pour queus causes li uns se puet partir de l'autre » (3) où Beaumanoir, reconnaissant l'intérêt légitime de ceux qui « ne pueent durer ne manoir ensemble », enseigne au juge laïc quand « doit estre la fame escusée s'elle s'esloigne de son mari, et puet requerre a justice qu'ele ait des biens communs pour sa soustenance » (4).

(1) (1159-81) *X*.II, 13, *de rest. spol.*, VIII : ... Mandamus, quatenus, si vobis constiterit, quod proefata mulier praedicto militi legitime desponsata fuisset, et ab eo cognita, ipsam ei restitui faciatis, recepta tamen sufficienti cautione, quod illi non debeat aliquod malum inferre. Si autem capitali odio ita mulierem vir persequitur, quod merito de ipso diffidat et eum habeat suspectum, alicui probae et honestae mulieri usque ad causae decisionem custodienda studiosus committatur in loco, ubi vir vel parentes eius mulieri nullam possint violentiam inferre.

(2) (1201) *eod. loc.*, XIII : ... Si vero tanta sit viri saevitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solum non debet illi restitui, sed ab eo potius amoveri.

(3) BEAUMANOIR, ch. LVII, t. 2.

(4) BEAUM., *loc. cit.*, n^os 1626 et 1629. On lit également, n° 1627 : « ... la justice doit regards la cause pour quoi ele n'est pas avec son mari... [si elle] voit que ce n'est pas es coupes de la femme et qu'ele se veut maintenir comme preudefame, prendre doit des biens au mari tant

Et ainsi apparaît, en marge du Droit canonique, une première manifestation d'élargissement des causes de la séparation ; car « nus ne se doit merveillier se les aucunes se départent de leur maris *quant les resons sont resnables* » (1). Beaumanoir, dans cette simple proposition, fait prévoir toute l'évolution qui va s'accomplir, fondant sur un criterium subjectif le pouvoir arbitraire du juge.

Le plumitif des causes de Cerisy ne permet pas de suivre l'influence de ces règles du Droit coutumier sur la pratique des Cours d'Eglise, puisqu'il ne nous rapporte aucune sentence de séparation de corps ; toutefois il jette une vive lumière sur la « réalité sociale » dont les jurisconsultes avaient sous-estimé la force de résistance.

La reconnaissance par le juge de causes nouvelles capables de fonder une sentence de séparation est chose faite, en l'an 1377, devant l'officialité d'Orléans (2). Dans le formulaire rédigé à cette date, pour servir de guide aux praticiens (3), on rencontre, en effet, un modèle de jugement de « separacio conjugum », où le mari expose les torts de son épouse dans les termes suivants : « ... suam uxorem verbis, gestu et regimine suis iniquis, perversis et odiosis sibi ingratam existere, adeo quod ipse talis non potest absque ipsorum corporum enormi periculo cum ipsa tali passifice morari nec conversari... » (4).

qu'ele soit pourveue soufisaument selonc son estat. » — Nous présenterons les idées de Beaumanoir plus complètement dans le prochain chapitre consacré au Droit coutumier.

(1) Beaum., n° 1629. Parmi les exemples de « causes raisonnables » données par cet auteur, on en remarque spécialement une qui est en opposition formelle avec la doctrine canonique classique (v. *supra*, p. 42 note 1) : « si comme se li maris est lerres [larron] ou accoustumes d'autre mauves cas de crime ».

(2) Nous savons par Jehan Boutillier († 1396) qu'il en était de même devant l'Official de Tournay. « Item dient aucuns encore que se peut faire divorce quand le mary s'atourne de telle volonté que accoustumer à batre et à navrer sa femme, car ce ne peut ne doit attendre ne souffrir la femme, s'il ne luy plaist... Et ainsi fust il faict et jugé en la cour de l'Evesque de Tournay, d'entre Pierre de la Croix et Marguerite de Puches, sa femme. » (*Somme rural*, liv. II, tit. VIII, *De navrer l'homme sa femme*, éd. L. Charondas le Caron, Paris, 1603.)

(3) Joseph Bry, *Notice sur un formulaire du XIV^e siècle à l'usage de l'officialité d'Orléans*. NRH 1914, pp. 417 et s.

(4) Bibl. de Tours, mss. 663, f° 172 v° et 173 r°. J. Bry, *loc. cit.*, pp. 450, 451.

L'official avait donc adopté le principe énoncé près d'un siècle plus tôt par le grand jurisconsulte du Beauvaisis, et nous pourrons en suivre l'application quotidienne entre 1384 et 1387 à Paris, ou bien à Troyes depuis l'année 1390 jusqu'au début du XVI^e siècle.

Malgré l'extrême concision des sentences qui sont transcrites dans ces registres, on aperçoit parfois les causes qui les ont motivées : ce sont surtout les violences ou sévices (1). Mais bien souvent le juge se borne à mentionner l'inimitié ou la haine, dont le caractère lui a paru sérieux et durable, sans nous dire quels faits lui ont donné naissance (2). Pour qu'il accorde la séparation, il suffit donc désormais de prouver l'impossibilité légi-

(1) *Off. de Paris.* Les époux sont séparés par le juge « propter seviciam viri » (f° 74 r°) — « propter odia, rancores et verberationes de quibus constat » (f° 85, r°) — « propter austeritatem et sevitiam viri » (f° 90 v°). — Les sentences ainsi motivées se rencontrent en très grand nombre.

Off. de Troyes, G. 4170 f° 11, r°. Jeudi après la Saint-Denis 1390 : « Ysabellis, uxor Johannis dicti de Putefinat junioris... proposuit judicialiter... quod ipse erat et est sevus et crudelis... propter quod petiit divortium... »

Souvent c'est l'ivrognerie qui est la cause première des querelles et des coups. *Off. de Paris*, 10 mai 1385, f° 63 r° : « ... proposuit contra mulierem quod est ebriosa, objurgans mercatum quod pro ea fecerat ipse vir plures emendas... »

cf. *Officialité de Montivilliers* : « Anno Domini millesimo CCCC°LIIII'° die jovis post festum Beati Andre apostoli, injunctum fuit Guillelmo Canevote, clerico, ut amodo vivat honeste, et uxorem suam tractet decenter, ut decet in matrimonio vivere, et ne habeat eam verberare indebite et ne etiam se inebriet,... ad penam centum solidorum turonensium, excommunicationis et carceris, cui injunctioni parere promisit ». (ARCH. DE LA SEINE INF., G. 5269.)

C'est encore la femme, dans cette autre affaire, qui est « nimis potatrix... trop grant beuveresse gallice », car un témoin l'a vue plusieurs fois « vino captam et impressam, imprimée gallice », et lorsqu'elle est dans cet état elle appelle son mari « coupault, paillard, filz de putain, larron » ou encore « naplier [atteint du mal de Naples] ladre, mereau [?] » (ARCH. DE L'AUBE, G. 4191, f° 257 v°, 260 r°, 279 r°. V. de même G. 4199, f° 157 v° et 158 r°).

(2) *Off. de Paris*, 27 juin 1386, f° 192 r° : « Bonifacius Charronis et Perreta, ejus uxor, fuerunt separati... propter odia, rancores et inimicitias ortas inter ipsos, ne deterius contingat, quousque ad melioris vite frugem redierint ».

Off. de Troyes, mercredi après la Saint-Rémy 1395 : « Personnaliter comparentibus in judicio coram domino officiali... Mercya contra... maritum suum, proposuit quod licet ipsa et dictus ejus maritus, diu est, fuissent in facie ecclesiae matrimonialiter copulati, pluresque liberi eorum durante matrimonio fuissent ex ipsis carnaliter procreati, attamen tantus rancor tantaque discordia supervenerant inter ipsos, quod ipsi non poterant de cetero commode inter se ad invicem commorari, et ne deterius

time de prolonger la cohabitation, sans que les cas susceptibles d'être accueillis puissent être énumérés dans une liste limitative.

A partir du milieu du xv^e^ siècle, les greffiers de l'Officialité de Troyes semblent prendre plaisir à relater longuement les circonstances qui ont amené les époux, d'abord à vivre séparés, puis, inquiétés par les poursuites du promoteur, à former une demande régulière en justice. Il apparaît alors d'une façon manifeste qu'il appartient au juge d'Eglise un pouvoir souverain d'apprécier s'il y a lieu d'admettre la demande des parties ; sans qu'on en puisse d'ailleurs conclure à la facilité d'obtention de cette mesure. C'est ainsi que nous voyons Perrette, épouse de Pierre Bouillart, articuler dans une demande qui fut admise, parmi d'autres griefs d'une gravité certaine, que son mari menait une existence épicurienne : « vitam epicuriariam ducendo et voluptuose vivendo », et que, feignant de partir à la guerre, il la quittait souvent, « sed tantum facit guerram gallinis et pullis in domibus bonorum agricolarum et va souvent manger la poulaille chiez le bon homme, gallice » (1).

Nous sommes alors bien loin de la conception primitive : « corporaliter possunt separari causa fornicationis » (2) ; et la doctrine du xv^e^ siècle exprimait très imparfaitement la transformation accomplie dans la règle : « sevitia viri, vel uxoris, adversus alterum, est causa separationis thori, quando est magna ; *quod relinquitur arbitrio judicis* » (3).

Car le pouvoir du juge s'était accru par l'effet même de l'extension des motifs reconnus légitimes. Alors que la fornication, corporelle ou spirituelle, donnait à l'époux innocent un véritable

inde contingeret, ipsi conjuges petierunt divortium... dominus officialis, qui predictos conjuges ad concordiam non potuit revocare, divortium... judicialiter celebravit. » (Arch. de l'Aube, G. 4170 f° 63 r° ; v. également pièce justificative n° 2.)

(1) *Off. de Troyes*, 21 juin au 2 décembre 1529. Arch. de l'Aube, G. 4210, f^os^ 6 à 9.)

(2) Aussi la réforme protestante condamna-t-elle cette extension du divortium, et l'Eglise catholique dut-elle au Concile de Trente en proclamer la légitimité par un canon spécial : « Si quis dixerit Ecclesiam errare cum ob multas causas separationem inter conjuges quoad thorum, seu quoad cohabitationem ad certum, incertumve tempus, fieri posse decernit, anathema sit ». Sess. XXIV, can. 8.

(3) Panorm., sur *X*. II, 13, *de restit. spol.*, xiii, n° 7.

droit à la séparation, le juge n'ayant à vérifier que l'existence matérielle de la faute qui dictait sa sentence ; les sévices, injures, inimitiés ou déchéance, qui désormais suffisaient à fonder une demande, ne pouvaient plus, à raison de leur valeur simplement relative, servir de base à un droit ferme et absolu. L'official devait alors se livrer à un examen subjectif, mesurant la gravité des faits et l'étendue de leur répercussion, à la conscience morale des parties. Le jugement de séparation d'abord déclaratif, reconnaissant un droit préexistant au prononcé de la sentence, avait fait place à un jugement constitutif, où la situation nouvelle dépendait complètement de l'arbitraire du juge.

On conçoit dans ces conditions que l'official, qui s'était accordé un pouvoir aussi large, ait veillé jalousement à le faire respecter, pour assurer dans tous les cas le contrôle des intentions réelles des époux. De cette façon, tout en apportant aux ménages désunis le remède nécessaire, il pouvait espérer empêcher les abus d'un usage excessif. Mais on comprend moins bien pourquoi, en dépit de cet élargissement, dans la plupart des cas les conjoints se dispensaient d'y recourir.

C'est qu'en réalité cette construction, due uniquement à la jurisprudence, n'offrait pas aux parties tous les avantages de la séparation « quoad thorum », avec laquelle elle ne s'était pas confondue.

Le juge, en édifiant cette extension du divortium, n'avait pas cru pouvoir assimiler à l'adultère, dont l'Evangile lui-même faisait une cause de rupture de la vie conjugale, les multiples motifs qui pouvaient provoquer entre époux une discorde profonde. Il lui avait paru trop dangereux, sinon même contraire à sa nature, de dépouiller dans des hypothèses trop nombreuses le mariage de sa vertu préservatrice exprimée par saint Paul : « quod si non se continent, nubant » (1). Le système juridique de

(1) v. *supra*, p. 49 note 1.
Le juge d'Eglise attachait un grand prix à l'accomplissement du devoir conjugal. On voit par exemple un mari se plaindre à l'official, que depuis un an et demi qu'il est marié : « [uxor] nunquam ei voluit complacere ne se exhibere ad hoc facilem, ut tenetur, sed semper se defendit, taliter quod non potuit matrimonium consummare », et le juge ordonne à l'épouse d'accomplir son devoir (Arch. de l'Aube, G. 4198, f° 129 v°). De même l'official enjoint à un mari, abandonné par sa femme parce qu'il est trop vieux « suam diligenciam circa debitum conjugale redden-

la séparation entre époux était désormais double, non seulement quant aux causes d'admission, mais également quant aux effets. Il suffit pour reconnaître la vérité de cette proposition, d'examiner attentivement les recueils de jugements qui nous ont été conservés.

Malgré son imprécision relative, la terminologie suivie par la pratique nous fournit un indice de cette situation. Ce n'est pas sans surprise que l'on parcourt de nombreuses procédures en séparation, sans rencontrer l'expression consacrée de « divortium quoad thorum ». L'analyse des espèces nous apprend que cette appellation était spécialement réservée aux décisions rendues « fornicationis causa » (1) ; alors que, pour désigner les sentences fondées sur un autre motif, l'official recourait à une expression différente, variable selon les ressorts. A Orléans le formulaire portait « decernimus ipsos conjuges fore separandos quoad bona... eosque vivere separatim » ; à Paris on disait : « separatio quoad bona », ou bien encore «quoad bona salvo jure thori » ; à Troyes, c'est l'appellation « divortium quoad bona

dum facere... » et prescrit par suite à celle-ci de reprendre la vie commune (*Off. de Troyes*, 20 avril et 15 mai 1529 ; Arch. de l'Aube, G. 4199 f^os^ 11 r°, 23 r° et 61 v°).

Parfois les sentences sont rédigées avec un tel réalisme, que leur latin même brave l'honnêteté (*eod. loc.*, G. 4189 f° 140 r°).

(1) La règle formulée par Panormitain, *supra*, renferme une inexactitude, car nous n'avons rencontré aucune décision « quoad thorum » pour cause de sévices ; les enseignements de la jurisprudence sont des plus nets sur ce point. Aussi bien le registre de Paris que les registres de Troyes, ou encore la formule datée de 1458 rapportée par le registre de Cerisy (n° 428), nous prouvent que le « divortium quoad thorum » n'était accordé que pour cause d'adultère.

Off. de Paris, ed. cit. col. 38, 84, 183, 444, 484.

Off. de Troyes, Arch. de l'Aube, G. 4181, f° 162 r° (1484) ; G. 4185, f° 160 r° (1500) l'épouse conclut « quoad mutuam servitutem et quoad thorum » parceque son mari a pour maîtresse, une certaine Beatrice « existentem in loco publico » ; G. 4188, f° 159 v° (1504) « divortium perpetuum » ; G. 4190 f° 282 v° (1505) « divortium etiam quoad thorum » ; G. 4202 f° 75 r° v° (1534), la demanderesse invoque contre son mari, en premier lieu, des sévices, et ensuite des relations coupables avec plusieurs femmes, en conséquence « concludit etiam quaod thorum. » Le mari répond que depuis qu'il s'est réconcilié avec sa femme « nec peccavit in legem matrimonii », mais il avoue les violences, aussi déclare-t-il s'opposer au divorce « saltem quoad thorum ». Pendant la durée du procès le défendeur demande que sa femme soit tenue de lui rendre le devoir conjugal, celle-ci s'y oppose par ce motif qu'elle a conclu « quoad thorum » (f^os^ 77 v°, 78 r°).

Parfois cependant, cette expression était employée dans l'hypothèse de nullité pour impuissance, *eod. loc.*, G. 4186, f° 6 r° ; G. 4199, f° 11 r°.

et mutuam servitutem », qui avait la faveur du juge, et s'opposait au « divortium quoad thorum ».

Une première impression vient immédiatement à l'esprit, c'est qu'on est alors en présence de l'institution toute différente, que nous connaissons aujourd'hui sous le nom de séparation de biens. Mais aucune confusion n'est possible entre elles deux, à raison de l'irréductible opposition de nature qui les caractérise : l'institution qui est l'objet de notre étude étant d'un ordre purement moral, tandis que la séparation de biens appartient uniquement au domaine patrimonial (1). Un bon époux peut être un mauvais administrateur, tandis qu'un individu fort habile et prudent en affaires, peut être un conjoint détestable. La séparation de biens a pour but de sauver une dot compromise en divisant les patrimoines, elle n'entraîne pas la rupture de la vie commune, et ses causes ressortissent à l'ordre des questions pécuniaires.

Il convient donc de lire les griefs qui ont fait prononcer ces jugements, pour savoir aussitôt sur quel terrain nous sommes : « Hodie Perrinus de Flamanville et Katerina, ejus uxor, fuerunt separati quoad bona propter seviciam viri... » (2) ; « Thomas Boudart et Mariona, ejus uxor, fuerunt quoad bona [separati] salvo jure thori, propter odia, rancores, et verberationes de quibus constat... » (3); « Hodie Harmannus d'Alamaigne, marescallus, et Johanna, ejus uxor, fuerunt separati quoad bona propter sevitiam viri ac rancores et inimicitias ortas inter ipsos... » (4) ; ou bien encore : « De Johanneta, uxore Symonis Chevrier... actrice in causa separationis quoad bona... propter morbum lepre... » (5) ; et mieux : « Hodie Anthonius Johannis

(1) Mr O. Martin écrit au sujet des « séparations de biens » prononcées par l'official, en pensant au contenu moderne de cette institution : « ...Il importait de souligner cette intervention active de l'officialité dans ces questions purement matérielles, intervention qui n'est pas à première vue sans surprendre » (*L'Assemblée de Vincennes de* 1329 *et ses conséquences* dans *Trav. jurid. et écon. de l'Univ. de Rennes*, 1er suppl., 1909, p. 320).

Si, comme nous croyons pouvoir l'établir, ce « divortium quoad bona » était une séparation d'habitation, entraînant rupture de l'existence commune, on n'est plus surpris de cette compétence.

(2) *Off. de Paris*, 10 juin 1385, f° 74 r°.

(3) *Off. de Paris*, 6 juillet 1385, f° 85 r°.

(4) *Off. de Paris*, 22 mars 1386, f° 166 v°.

(5) *Off. de Paris*, 21 mai 1386, f° 183 r°.

et Johanna la Serreurière, ejus uxor putativa, quia dicta mulier confessa fuit alias Colinum le Serreurier esse vivum et emmendavit bina sponsalia, etc... et quia dictus Colinus non potest reperiri, etc... fuerunt separati quoad bona » (1).

Aucun doute ne saurait subsister, il s'agit bien dans les actions comprises sous cette rubrique de demandes relatives à la cessation de la communauté d'existence (2), car un simple partage

(1) *Off. de Paris*, 15 avril 1385, f° 52 r°.

(2) On peut même citer une hypothèse où l'official de Paris prononça une simple séparation de biens pour cause d'adultère de la femme. Il semble, d'ailleurs, que le mari avait borné là sa demande, car les péripéties de ce drame conjugal, rapportées dans une lettre de rémission du roi Charles VI (janvier 1382) montrent la magnanimité du cœur de l'époux.

Jean de Saucourt, orfèvre, avait épousé Jehannette de Saucourt « laquelle, durant leur mariage, et en espécial un pou après qu'ils furent « assemblez, meüe de mauvaise volenté et ymagination, s'acointa d'un « compaignon appellé Jehan le Lièvre, lequel ycellui Jehan trouva « mussié en un anglet de sa maison, qui le bati vilainement et rompi un « grand coutel sur sa teste, à laquelle Jehannete le dit Jehan, pour « eschever l'esclande d'elle et afin qu'elle se voulsist adviser et repentir « de son péchié, pardonna le meffait ou elle estoit enchüe, et afin qu'elle « peust oublier le dit Lièvre, l'emmena en l'ostel d'un sien frère en la ville « d'Espiès en Parisi, ou elle fist tant de sa mauvaistié, par lettres et « messages, que le dit Lièvre l'ala prendre et lever ou dit hostel, et « l'emmena. » Durant quinze jours le mari fit chercher Jehannette disparue, et la retrouva à Paris, « en l'ostel de son père ; et à ycelle, à la « prière de ses amis, le dit Jehan, pour la mettre hors du péchié et desor- « denance, pardonna le second meffait, et afin qu'elle se peüst ou voulsist « mettre en voie de bien fere et soy retraire, se voua et promist a fere « un pellerinage à Saint-Jaques en Galice, ou il ala, et lui estant ou dit « voiage, elle, en persévèrant en son péchié, s'acointa d'un appellé « Pierre de Seuz, receveur de Montpellier, et de plusieurs autres, et lui « venu du dit pellerinage, la traicta bien et amiablement, mais ce non « obstant elle touzjors continua son péchié, et s'enfouy trois mois après « de sa compaignie pour se plus abandonner ; pour lesquelles mauvais- « tiez ycellui Jehan, veant que elle ne se vouloit retraire, la fist citer « devant l'Official de Paris pour départir. *Et après ce qu'ils furent dé-* « *partiz l'un de l'autre quant aus biens seulement*, de rechief le dit Jehan « meü de pitié, voult et ordone qu'elle demourast à ses coux et despens « avec sa mère... » Ce nouveau témoignage de bonté n'empêcha pas Jehannete de mener « vie mauvaise et deordenée ; et nonobstant toutes ces choses le dit Jehan lui pria et fist prier moult amiablement par sa dicte mère..., qu'elle se voulsist adviser et soy retraire de son péchié, et il la reprendroit volentiers en sa compaignie et lui pardonneroit tout, mais elle respondi qu'elle n'avoit cure de sa compaignie... » (Arch. Nat. JJ. 120, f° 8, n° 5, J. Petit, *op. cit.*, préface, p. xxiv, note.)

Ce document atteste de la façon la plus nette que le « divortium quoad bona » était alors accordé même pour des causes purement morales, et entraînait cessation de la cohabitation. C'était une séparation de corps atténuée, qui laissait prévoir une réconciliation prochaine. C'est ce qui faisait dire à Jehan Boutillier, au prix d'une confusion de terminologie :

de la gestion des biens eût été impuissant à apporter remède aux reproches ainsi formulés (1).

Alors la question se pose de savoir quel était le contenu de cette forme spéciale de séparation, qui devait apaiser les dissentiments conjugaux sans toutefois apporter aux époux l'éloignement total, que seul le divortium quoad thorum conférait au cas d'adultère.

Reprenant la formule d'Orléans, plus longuement développée que les trop brèves mentions contenues dans le registre de l'Officialité de Paris, nous lisons : « decernimus ipsos conjuges... vivere separatim » ; l'official reconnaissait donc aux époux le droit de vivre séparés, et c'est par là que s'explique qu'il fallut procéder à un partage des biens : « separatio quoad bona ». On doit donc entendre cette expression avec l'acception large de *séparation d'habitation*, appellation consacrée par nos anciens auteurs, et par laquelle, l'opposant à la *séparation de corps*, nous la traduirons désormais. Mais la dispense d'habitation commune

« Item, s'il advenoit que le mary se tournast à estre dissipeur de ses biens, sçachez que la femme selon aucuns a cause de demander divorce quant au lict... » *(Somme rural, De l'homme dissiper ses biens* », éd. Charondas le Caron, p. 730.)

(1) La confusion des causes morales et patrimoniales est rendue manifeste, en particulier, par la formule d'Orléans, où le mari fait valoir des griefs moraux, et la femme des griefs d'ordre pécuniaire, pour obtenir chacun le droit de vivre séparé. V. pièce justificative, n° 3.

Encore en 1529 nous rencontrons un témoignage de cette confusion persistante, dans une sentence de Troyes (Arch. de l'Aube, G. 4199, f^os^ 157 v° et 158 r°) : Deux époux se sont séparés sans autorisation, le promoteur les poursuit, et la femme, refusant de reprendre la vie commune, intente une action en séparation « quoad bona et mutuam servitutem », en faisant valoir uniquement que son mari a vendu les biens de la communauté et a dissipé l'argent qu'il en avait retiré.

Pour ce qui est, non plus de la communauté, mais de la dot, grâce aux textes romains, le droit évolua plus rapidement, et de bonne heure ne lia plus le sort des personnes à celui des biens. Mais on doit remarquer qu'en ce cas la terminologie n'était plus la même, on ne parlait ni de « separatio », ni de « divortium », qui visaient avant tout la cohabitation, mais de « restitutio ». C'est ce qui résulte notamment de la formule rapportée par le *Liber Practicus de consuetudine Remensi*, p. 98, XCIV (fin du XIII^e^, début du XIV^e^). « Petitio uxoris contra maritum vergentem ad inopiam, ut habebat reportagium suum, et supplica ut decernatur sibi, administracio bonorum : ... dicta Margareta aportavit in maritagium cum dicto Stephano bona infra scripta... que bona dictus S. habuit et possedit, et adhuc habet et possidet in causa predicta, nisi quatenus ea, vel eorum aliqua, consumpsit vel alienavit ; ad quorum *restitutionem* eidem M. tenetur dictus S., secundum usus et consuetudines civitatis remensis. »

n'entraînait pas la suppression du devoir conjugal (1), et c'est en cela que ses effets se trouvaient moins complets que ceux de la séparation de corps (2) : « dicte eciam tali precipientes, sub eadem pena, quatenus dicto suo marito, *in loco tamen tuto et honesto*, si per eum super hoc fuerit requisita, *reddat debitum conjugale* » (3).

C'est bien la même situation que nous reconnaissons à Troyes, quand l'Official prononce une séparation pour cause d'inimitié entre des époux, « ipsis partibus injungendo ne alter ab altero debite requisitus, loco et hora decentibus, carnalem copulam non deneget... » (4) ; ou bien quand il décide : « separatim vivere

(1) *Off. de Paris*, 25 mai 1386, f° 184 r° : « Hodie Symon Chevrier... et Johanna, ejus uxor, fuerunt separati quoad bona, propter sevitiam viri... ; ad martis ad... eligendum locum ubi potuerunt tute cohabitare insimul pro jure thori reddendo... »

Off. de Paris, 26 avril 1387, f° 280 v° : « De Johanna, uxore separata quoad bona Johannis Trubert... fuit injunctum eidem... ut obediat dicto marito et sibi prestet debitum conjugale sub penis predictis... »

(2) L'obtention de la « séparation d'habitation » pour cause de sévices, ne mettait pas obstacle à une demande de « séparation de corps », si l'un des époux devenait adultère. — *Off. de Paris*, 23 février 1387, f° 260 r° : « De Johanna, uxore separata magistri Johannis Ferrebouc quoad bona, actrice in causa separationis quoad thorum contra dictum maritum... »

(3) En réalité le point de départ de cette conception singulière nous semble assez ancien. Il doit être trouvé, croyons-nous, dans les dispositions relatives aux époux lépreux. Suivant le droit des Décrétales, le conjoint sain restait tenu de rendre le debitum au malade ; la fornication seule ayant pour effet de mettre fin à la servitude. Néanmoins on admit de bonne heure que l'habitation commune n'était pas forcée dans ce cas. C'est ainsi qu'on rencontre déjà cette idée dans SAINT THOMAS D'AQUIN, *Expositio in omnes S. Pauli Epistolas, I ad Corinthios*, cap. VII, lectio III, v° *Uxorem a viro non discedere...* : Licet possit ob lepram discedere a cohabitatione, non tamen a toro, quin aliquando teneatur reddere debitum, prope eum manendo. (Opera omnia, t. 13, Parme, 1862.) Adde, *In-IV° Sent.* lib. IV, dist. XXXII, quest. I, art. 1-4° : ... uxor etiam viro leproso tenetur reddere debitum, non tamen tenetur ei cohabitare, quia non ita cito inficitur ex coitu sicut ex frequenti cohabitatione ; et quamvis proles generetur infirma, tamen melius est ei sic esse quam penitus non esse (ed. cit., t. 7 *bis*, 1858).

La « séparation d'habitation » était dès lors constituée, il ne restait plus qu'à l'étendre à d'autres hypothèses, c'est ce que fit la jurisprudence au cours des siècles qui suivirent.

(4) *Off. de Troyes*, 1395, G. 4170, f° 63 r°. V. *supra*, p. 79 note 2. Il s'agit de la même décision dont le texte complet doit être rétabli ainsi : « ... (ipsi conjuges petierunt divortium) quoad bona et mutuam servitutem, victuique necessaria, etc., divisionemque bonorum suorum inter eos hactenus communium fieri et celebrari, etc. (dominus officialis... divortium) quoad bona inter eos hactenus communia mutuamque servitutem (judicialiter celebravit) (ipsis partibus...) ».

permittimus, jure thori reservato » (1) ; ou encore : « divortium inter eosdem celebramus quoad bona et mutuam servitutem, et injunctum fuit eis vivere caste et reddere debite carnalem alter alteri... in loco tamen tuto » (2). Mais une question délicate résulte de cette appellation, car seule la séparation de corps semblait dans ces conditions anéantir la servitude mutuelle créée par le mariage.

En réalité, le droit de puissance réciproque, que les canonistes avaient traduit par le concept de servitude, s'il comportait principalement le pouvoir d'exiger le devoir conjugal, ne se réduisait pas cependant à cela. Il comprenait des obligations secondaires, notamment celle d'entr'aide mutuelle et de soins quotidiens réalisés près du foyer (3). Ce sont ces manifestations du droit de servitude, ne se confondant pas avec le « debitum carnale », qui disparaissaient forcément avec l'habitation commune, et justifiaient malgré la persistance du debitum, l'appellation de « divortium quoad mutuam servitutem » (4). Il s'était accompli de la sorte, cela nous semble incontestable, un

(1) *Off. de Troyes*, lundi avant la fête de la Nativité de saint Jean-Baptiste, 1529, G. 4210, f° 15 ; G. 4199, f° 183 r°, f° 2 v°.

(2) *Off. de Troyes*, G. 4189, f° 168 r° ; v. encore G. 4185, f° 184 r°.

(3) Cette distinction entre les divers effets de la servitude apparaît notamment dans la formule de Cerisy datée de 1458, n° 428 : « In nomine Domini amen. Cum nobis, per confessionnem Johannis Moulin et Thomassie... dictum que Johannem in legem matrimonii predicti pecasse contra,... talem carnaliter cognoscendo, dictam que Thomassiam simile delictum non commisisse... ea propter ad instanciam, petitionem et requestam dicte Thomassie, *divortium, quoad thorum et bona, mutuam servitutem et alimentorum exhibitionem*, inter ipsos tenore presentium celebramus... »

(4) La doctrine est restée, semble-t-il, étrangère à cette création de la jurisprudence, et même paraît ne pas l'avoir comprise. C'est ainsi que Panormitain emploie une appellation équivalente à celle qui avait cours devant l'Official de Troyes, pour l'opposer au *divortium quoad vinculum*, ou nullité ; l'entendant dans le sens de *divortium quoad thorum*. Sur *X*. II, 24, *de jurej.*, xxiv, n° 1 : « Nota quod dissolutio non dependet a voluntate conjugum sive agatur ad dissolutionem quo ad substantiam vinculi... sive agatur de dissolutione respectu mutuae servitutis et cohabitationis... et quasi per totum ».

Il oppose cependant, par ailleurs, la « mutua servitus » au « debitum », ainsi que le faisait la jurisprudence : sur *X*. IV, 19, *de divor.* ii, n° IV : « ... Quaeritur tertio si separetur matrimonium propter fornicationem spiritualem, nunquid innocens sit absolutus a redditione *debiti carnalis* ? Quidam tenuerunt quod non, sed tantum a *mutua servitute*, quia Christus solum excipitit delictum fornicationis ; contrarium hic tenet Hostiensis et melius, quia licet excoeperit fornicationem, non tamen dis-

affaiblissement dans la signification de l'expression envisagée (1).

On peut se demander si cette mesure plus accessible, mais présentant dans ses effets une telle restriction, réalisait son but. Certes la faculté pour des époux, dont le cœur nourrissait la haine, de pouvoir supprimer l'habitation commune, constituait une satisfaction appréciable ; mais, néanmoins, avec quels sentiments devaient-ils se prêter aux rapprochements forcés édictés par le juge ? La « copula carnalis » se trouvait alors détachée de l'affection conjugale pour remplir la mission morale du mariage, et permettre aux conjoints l'accomplissement licite de leurs besoins sexuels.

Les registres de Troyes révèlent toutes les difficultés qu'un pareil système faisait naître. Nous voyons par exemple une action intentée par un mari contre son épouse séparée, parce qu'elle diffère et refuse de lui rendre le devoir conjugal, quant elle en est requise. Et la femme se défend en niant avoir été sollicitée, « saltem in loco tuto et honesto », et invoque « quam plurimas injurias sibi dixit ». Elle s'offre cependant à accomplir le « debitum carnale » dans sa propre demeure (2). C'est encore la femme qui refuse depuis six mois d'exécuter l'obligation qui pèse sur elle, dans cet autre procès, où elle fait simplement valoir que son mari est un violent qui la menace et la diffame. Et le juge, devant qui des altercations ont eu lieu, enjoint à l'accusée, sous

tinxit inter spiritualem et carnalem ; unde favore fidei debemus intelligere de spirituali. »

Ce texte est en outre intéressant, en ce qu'il nous montre les hésitations de la doctrine à étendre les effets de la séparation « quoad thorum » à d'autres hypothèses que l'adultère, il confirme notre thèse sur la dualité du système canonique de la séparation. cf. idem. sur *X*.IV, 19, *de div.* i : (sevitia) ... per illum tex. dico quod pro judicem hoc casu poterit separari matrimonium quo ad mutuam cohabitationem.

Au XVIII^e^ siècle les auteurs exposaient très nettement l'état définitif du droit sur ce point : « Suivant le droit des Décrétales, cette matière est de la compétence du juge d'Eglise. Par rapport à notre Discipline on distingue trois séparations de mari et de femme, la séparation de corps ou de lit, qu'on appelle a thoro, celle d'habitation, et enfin celle des biens. » [Abbé de Brézolles], *Traité de la jurisdiction ecclésiastique contentieuse ou Théorie et pratique des Officialités par un Docteur en Sorbonne*, 2 vol. Paris, 1769, t. I, 2^e^ p., ch. IV, sect. II, § V, p. 146.

(1) Du Cange, *Glossarium mediae et infirmae latinitatis*, v° Servitus, n° 3 : officium, obsequium, nostris *service*.

(2) *Off. de Troyes*, 1500, G. 4185, f° 115 v°.

peine d'excommunication, de prison et de 10 livres d'amende, de donner satisfaction au demandeur « in loco tuto et honesto, deportando per eundem adjunctum ea que debent deportari » ; par ailleurs il défend au mari sous la menace des mêmes peines de la battre ou lui faire aucun déplaisir (1). L'exécution devenait encore plus difficile lorsque l'un des époux transférait son habitation dans une autre ville (2). Dans cette sorte d'affaire le promoteur se joignait au mari pour requérir l'exacte application de la première sentence.

La séparation d'habitation, dont nous venons de préciser les causes et les effets et de montrer comment elle dépendait du pouvoir discrétionnaire du juge, avait-elle la même nature juridique que la séparation de corps ?

Le « divortium quoad thorum » est une décision contentieuse qui rentre complètement dans le domaine de la juridiction, et même, dans une certaine mesure, affecte le caractère pénal d'une sanction contre l'époux coupable. L'un des conjoints s'adresse à la justice pour obtenir la reconnaissance d'un droit, et l'official, à qui le demandeur doit apporter sa preuve, a pour véritable mission le « jus dicere ». Il est vrai cependant que certains canonistes ont refusé de reconnaître à la sentence qui intervient sur cette demande l'autorité de chose jugée, qui est un des attributs essentiels de la juridiction contentieuse (3).

Une décrétale du Pape Alexandre III avait, en effet, enjoint à des juges de revenir sur une décision régulièrement rendue, par laquelle ils avaient annulé un mariage pour cause de consanguinité au degré prohibé, et d'examiner à nouveau l'exis-

(1) *Off. de Troyes*, 1504, G. 4188, f° 145 v°.

(2) *Off. de Troyes*, 1496, G. 4217, f° 136 r°. L'official inflige à l'épouse une amende d'une livre de cire, mais ne lui enjoint pas de suivre son mari.

(3) La règle n'était pas absolument fixée à la fin du XIII^e siècle, ainsi que le constate BEAUMANOIR, n° 592 : « Toutes les fois que cours se sent deceue et par la decevance [tromperie] ele fet ou juge aucune chose et, après la sentence, ele s'aperçoit qu'ele fut deceue, ele puet bien rapeler son jugié ; mes ce disons nous es cours de sainte Eglise, car en la court laie convient-il tenir ce qui est jugié puis que la sentence est passée sans apel, se ainsi n'est que si grans fraude ou si grans baras [duperie] i soit trouvés qui li sires, de son office, fau rapeler les parties par devant li et rapeaut ce qui fut fet par barat ; car ce apartient bien à office de loial court, soit de crestienté ou de court laie. »

tence de la parenté déniée par le mari (1). Les auteurs s'étaient emparés de cette lettre, pour en déduire le principe absolu que la règle de chose jugée ne joue pas en matière matrimoniale (2).

On comprend facilement la raison pour laquelle le Droit Canon avait édicté cette disposition dérogatoire au droit commun. La règle générale a pour but d'assurer la stabilité nécessaire aux situations juridiques acquises, même dans l'hypothèse où elles seraient fondées sur une erreur du juge ; car l'intérêt de permanence l'emporte sur celui de la vérité, dans une bonne organisation judiciaire où l'erreur doit être exceptionnelle. Mais s'il en est ainsi à l'égard des questions courantes soumises aux tribunaux, la matière des sacrements doit en être exceptée, à raison du péché qui s'attache aux violations des règles les concernant. Même exceptionnelle, l'erreur ici doit être réformée, car l'idée de sécurité juridique ne peut pas faire échec à celle de salut éternel.

Pour ce qui est plus spécialement du divortium, cette raison est valable pour les décisions « quoad vinculum », ainsi dans l'hypothèse visée par la décrétale (3) ; mais elle n'est pas fondée

(1) (1159-81). *X*.II, 27, *de sent. et re jud.*, vii, glose v° *Lator* : Casus, quidam P. nomine quandam duxit in uxorem, carnali copula subsequuta, tantum scandalum inter eos ut exortum, consanguinei mulieris moverunt quaestionem contra virum, quod illa ejus non poterat esse uxor et sic studio utriusque interveniente fuerunt separati minus juste. Vir predictus ad conscientiam rediens, accesit ad divinum Papam, exponens sibi praedicta, unde mandat judicibus, quatenus si constiterit eos non fuisse legitime separatos, et Ecclesiam deceptam fuisse, ipsos faciant insimul permanere. Nota quod hic, auditur turpitudinem suam allegans, sed hoc est *propter periculum animae*. Item, sententia contra matrimonium lata non transit in rem judicatam.

(2) Hostiensis sur *X*.II, 27, *de sent.*, § VIII, Quo remedio sententia retractetur.

G. Durand, lib. IV, parti. IV, *De divortiis*, n° 6, libellus : « coram etc., propono contra P. quod ipse mecum contraxit legitime matrimonium per verba de praesenti et carnalis fuit inter nos copula subsequuta, quare peto ipsum mihi adjudicari in virum, et eum cogi, ut me tamquam uxorem, retineat, et maritali affectione pertractet, *non obstante sententia divortii* per talem lata, si sententia dici potest, cum in ea ecclesia decepta fuerit evidenter... » Dicunt tamen quidam, quod non est necesse in libello poni deceptionem ecclesiae, sed si contra libellum objiciatur de sententia, respondebitur, *quod talis sententia non transit in rem judicatam*... Sed ego non sine causa pono, nam stabitur sententiae, donec ostendatur ecclesiam deceptam fuisse...

(3) On peut citer une espèce où cette disposition du Droit canon reçut une application vraiment bien rigoureuse.

Off. de Troyes, mardi après la fête de la Conversion de saint Paul,

pour les jugements « quoad thorum », puisque l'état de séparation n'est pas par lui-même un péché, et ne rend pas possible un remariage, constitutif de bigamie. Le Droit Canon classique n'en avait pas moins professé l'absence de chose jugée en matière de séparation de corps. Mais au xv^e siècle cette institution fit en partie retour au droit commun, avec Panormitain, qui combattit la doctrine jusqu'alors adoptée, chez son représentant le plus affirmatif Johannes Andreae (1). Selon lui, il faut distinguer, et c'est là une conséquence de la conception qui voyait

1426, G. 4171, f° 25 v° à 27 r°. — Garnier avait épousé Jeannette La Belle. Après un délai assez long, Jeannette exerça une action en nullité de mariage, allèguant l'impuissance de son mari : « frigiditatem et impedimentum perpetuum et pluria alia propter que, ut dicebat, ipse Garnerus erat nihilis ad actus viriles exercendos et impotens perpetuo ad coeundum, debitum naturale persolvendum, et prolem generandam cum ipsa Johanneta que tamen mater effici desiderabat, nec caste vivere intendebat. » — Cette demande fut accueillie et Jeannette remariée eut des enfants de son nouvel époux. Garnier de son côté se remaria, et lui aussi eut des enfants de sa nouvelle épouse Jeanne de Lautages. Alors le promoteur requit que le jugement de nullité fut annulé, et que le premier mariage fut déclaré seul valable. L'official commit des experts : « ad sciendum et videndum si ipse Garnerus sit vir potens et habilis ad opera naturalia exercenda et prolem generandam ». La réponse ayant été affirmative, le premier mariage fut déclaré seul vrai et légitime ; la décision de nullité fut révoquée et annulée, et ordre dut donné à Garnier et Jeannette de reprendre la vie commune, « sibi invicem parentes, se mutuo recipientes et affectione maritali tractantes ». — Les deux mariages postérieurs se trouvèrent frappés de nullité, et défense fut faite à Garnier et J. de Lautages, d'une part, et à Jeannette La Belle et son second mari, d'autre part, « ne de cetero simul quovis modo matrimonialiter cohabitent nec carnaliter se copulant. » Quant aux enfants des deux seconds mariages, ils furent réputés issus de la première union, et par conséquent légitimes.

(1) Panorm. sur *X*. II, 27, *de sent. et re jud.*, vii : « Sententia in matrimonialibus nunquam transit in rem judicatam et potest quandocunque revocari quando constat de errore. — (n° 10) ... Et circa hujusmodi sententias quae non transeunt in rem judicatam cape aliquas limitationes notabiles... (n° 12) ... Quinto quod sicut sententia non transit in rem judicatam quo ad substantiam vinculi, ita nec quo ad separationem thori, quominus possit is ad cujus petitionem fuit separatum matrimonium quo ad thorum conjugem sibi reconciliare... Sed valde dubito nunquid is contra quem sententia lata fuit debeat audiri volens probare injustitiam sententiae. Ioan. And. in d. c. ex. literis, sensit quod sic : quia non transit talis sententia in rem judicatam... ego loquor quo ad illam contram quam sententia divortii lata fuit. *Nam ex quo non appellavit non apparet ratio quare post decem dies debeat audiri, cum ex sententiae observatione nullum peccatum nutriatur* : nam possunt esse conjuges sine peccato communi consensu separati... Fateor tamen quod ex officio suo probato errore sententiae seu deceptione ecclesiae poterit matrimonium reintegrare, ne propter divisionem conjugum possit sequi adulterium.

dans cette mesure une peine, entre l'époux coupable et l'innocent ; à l'égard du premier elle est définitive, mais non pas à l'égard du second, car il est légitime qu'il puisse remettre le châtiment qu'il a fait prononcer contre son conjoint (1). On retrouve également cette doctrine dans Sanchez (2).

Le « divortium quoad bona et mutuam servitutem » faisait-il également partie de la juridiction contentieuse ?

Un premier élément qui paraît témoigner en faveur de l'opinion contraire, réside dans son caractère constitutif. On sait que la fonction propre du juge est de dire le droit, et non de le créer ; or l'époux qui n'a pas l'avantage de faire valoir un grief d'adultère, n'a pas de droit préexistant à la séparation, dont il ait seulement à obtenir la reconnaissance en justice ; l'official crée une situation juridique nouvelle, lorsqu'il admet par le jeu d'un pouvoir souverain d'appréciation le bien fondé des motifs invoqués.

D'ailleurs la terminologie est, elle aussi, révélatrice du caractère particulier des décisions de cette catégorie. La formule dont l'official de Troyes se servait le plus souvent était celle-ci : « conjugibus separatim vivere *permittimus* » (3) ; de son côté le promoteur lorsqu'il citait des époux qui s'étaient séparés sans intervention de l'Eglise, leur imputait à délit d'avoir agi sans *permission* du juge, ou encore « *absque auctoritate justiciae* » (4).

(1) Panormitain admettait ainsi que celui en faveur de qui la sentence avait été rendue pouvait renoncer au bénéfice du jugement intervenu, et forcer son conjoint à revenir à lui ; ce qui équivalait à nier que le coupable eût lui aussi le droit d'invoquer la décision du juge. Sur *X*.IV, 19, *de div.*, v. n° 12 : « Possit etiam invita [uxor] reconciliari marito... nam illa sententia separationis fuit lata in favorem non delinquentis, ideo non debet retorqueri in ejus laesionem.

(2) Saucher (1551-1610), *De Sancto Matrimonii Sacramento* (f° Venise, 1737), lib. X, disp. IX, n° 4. Dicendum est sententiam divortii, non transire in rem judicatam, in iis, quae sunt in adulteri conjugis favorem, bene tamen in iis, quae in ejus odium, et inocentis favorem cedunt, ac proinde minime audiendum illum transacto appellandi termino, volentem allegare injustitiam sententiae, reconciliationemve petentem ; ac innocentem semper audiendum esse, agentem ad reconciliationem adulterii, nec adultero suffragari exceptionem rei judicatae. Ducor quoniam cum sententia divortii feratur omnino in favorem innocentis, et ad ejus instantiam, et in odium adulteri, cui nullo modo vult. Ecclesia favere, aequitas poscit ne in favorem rei transeat in rem judicatam et innocentis perniciem. »

(3) V. *supra*, p. 87 note 1.

(4) La formule complète était ainsi libellée : « Officialis Trecensis presbytero de Verreriis et omnibus aliis salutem. Mandamus vobis qua-

C'est, en effet, un acte d'autorité bien plus que de juridiction, que le juge accomplissait lorsqu'il autorisait des conjoints à mettre un terme à leur communauté de vie, « salvo jure thori ». Cette nature extra-juridictionnelle de son intervention apparaît d'une façon manifeste, dans les injonctions, conditions ou prohibitions dont il accompagnait fréquemment la permission qu'il accordait (1) ; permission parfois temporaire (2) et toujours révocable (3).

C'est pourquoi nous qualifierons désormais cette pseudo-sentence d'acte de juridiction gracieuse, domaine comprenant les décisions du juge, qui ayant l'apparence de jugements, ne font pas partie cependant de la juridiction proprement dite ou contentieuse.

§ 5. — La séparation d'habitation peut être obtenue en justice par consentement mutuel.

Ainsi, par la force des choses, la physionomie du Droit canonique avait changé d'aspect : à la séparation de corps, toujours

tinus citetis peremptorie et personnaliter coram nobis ad diem... Theobaldum Sançonny, nobis et officio nostro, ac promotori causarum officii curie Trecensis, necnon Johanne, uxori predicti Sançonny cum promotore adjuncte, super eo quod se separavit a consortio eius uxoris absque auctoritate justitie responsurum. Datum anno Domini... » (Arch. de l'Aube, G. 4219.)

On remarque au contraire dans la Bulle du Pape Sixte-Quint précitée la persistance de l'expression traditionnelle relative au divortium quoad thorum : « ...nisi ex causa... permissa et auctoritate, ac *judicio Ecclesiae* cognita et probata.

(1) *Off. de Paris*, 6 juillet 1385, f° 85 r° : « ... fuerunt quoad bona [separati] salvo jure thori... et fuit inhibitum dicto viro ne ipse sub pena excommunationis et XX l. predictam suam uxorem verberet [aut] maletractet ultra modum conjugalem... »

Off. de Paris, 26 avril 1387, f° 280 v° : « ... fuit injunctum... eidem uxori ut obediat dicto marito et sibi prestet debitum conjugale sub penis predictis... »

(2) *Off. de Paris*, 27 juin 1386, f° 192 r° : « ... fuerunt separati quoad bona... quousque ad melioris vite frugem redierint. »

Off. de Paris, 16 juillet 1386, f° 199 r° : « ... fuerunt separati... quousque, etc...

L'Official de Troyes désigne la séparation pour cause d'adultère simplement par les mots « divortium perpetuum » (G. 4188, f° 159 v°), ce qui implique un caractère opposé chez la séparation pour cause de sévices ou discorde. Cf. en ce sens Le Picard, *op. cit.*, p. 135.

(3) Du moins dans le cas d'adultère : « ...injunctum fuit eis vivere caste... » *Off. de Troyes*, G. 4189, f° 168 r° ; cf. G. 4185, f° 184 r° ; G. 4199, f° 2 v°.

conçue comme une sanction, était venue s'adjoindre une séparation d'habitation moins complète, mais plus facile d'accès, comprise comme un remède (1). Une conséquence remarquable allait découler de cette dualité de nature ; car la décision contentieuse s'oppose à la mesure gracieuse, en ce que la première intervient toujours pour résoudre un conflit, alors que cette dernière peut être la confirmation d'un accord préalable. Il n'était pas forcé, l'histoire nous l'a montré, que la discorde conjugale se transformât toujours en conflit judiciaire.

Les décisions rendues par l'official ne contiennent jamais l'affirmation des principes généraux du droit, dont elles consacrent l'application particulière à l'espèce. A la différence des tribunaux modernes qui motivent leurs jugements en droit, rappelant les articles du code ou des lois qui ont déterminé le sens de leur sentence, les Cours d'Eglise au moyen âge motivaient leurs jugements en fait, sans faire connaître si une règle législative ou coutumière gouvernait la matière (2).

C'est cette pratique, sans doute, qui a rendu facile la construction que nous venons d'analyser, car le juge, libéré d'une contrainte trop immédiate des textes pouvait donner satisfaction aux aspirations légitimes de la conscience commune. Mais si cette attitude était avantageuse pour les contemporains, réalisant une source de progrès et une assurance d'équité (3) ; elle est pour l'historien du droit, dont les greffiers du temps n'avaient point prévu la curiosité indiscrète, une cause d'incertitude, et constitue pour lui un risque permanent de systématisation abusive. A cette absence du précieux instrument de travail que sont les décisions de principe, il faut ajouter le particularisme des différents ressorts, qui nous est apparu dans la diversité de leurs formules. C'est sous le bénéfice de ces réserves, que nous

(1) Cette interprétation résulte des clauses des sentences où l'Official prévoit expressément le but de l'autorisation qu'il accorde. La séparation est admise en effet : « ne deterius inde contingat ». (*Off. de Paris*, f° 48 r° ; f° 192 r° ; *Off. de Troyes*, G. 4170, f° 63 r°).

(2) v. par exception les décisions rapportées dans le *Liber practicus de consuetudine Remensi* et dans les *Decisiones capelle sedis archiepiscopalis Tholose*, mais c'étaient là des ouvrages destinés à l'enseignement ou la pratique, et non pas des registres d'officialité proprement dits.

(3) « Nota quod in casibus jure non expressis debet judex semper inclinare in partem humaniorem et habere aequitatem prae oculis. » (Panorm. sur *X*. I, 36, *de transact.*, xi, n° 4.)

allons tenter de dégager les phases d'évolution de la séparation gracieuse, fondée sur le consentement mutuel des époux.

Il semble bien que la licéité de l'accord formé en vue d'une demande en séparation a été reconnue dès l'origine de la nouvelle institution (1), car le registre de l'Officialité de Paris en atteste déjà l'existence. Le plus ancien témoin de cette jurisprudence, daté du 31 mars 1385, nous paraît surtout intéressant par l'absence de la mention, jusqu'alors substantielle, relative à la culpabilité du défendeur, et nous faisant savoir *aux torts* de qui était prononcé le jugement (2). C'est donc, selon toute vraisemblance, que cette décision était intervenue à la suite d'une requête présentée conjointement :

« Hodie magister Petrus de Beurguy et Johanna, ejus uxor « fuerunt separati quoad bona propter inimicitias, discordias, « rancores, et odia ortis (*sic*) inter ipsos, ne deterius inde con- « tingat, et hoc *de consensu dictorum conjugum.* » (3)

Il est vrai que dans une autre espèce, en date du 28 avril de la même année, la mention du consentement mutuel n'est pas exclusive de l'imputation du divortium à la faute du mari. Peut-être dans cette hypothèse, le coupable s'était-il borné à reconnaître les faits articulés, en acquiescant à la demande formée par son épouse :

« Hodie Petrus Pastor,alias le Procureur,et Belona, ejus uxor, « fuerent separati quoad bona propter austeritatem et seviciam

(1) cf. JEHAN BOUTILLIER, *Somme rural* : « Item scachez que ainsi que mariage se faict par seul consentement, ainsi se deffait il par divorce raisonnable. » (II^e liv., tit. VIII.)

(2) Le juge d'Eglise n'accordait pas de séparation de corps « aux torts réciproques » des époux, comme le font nos tribunaux modernes ; car si tous deux avaient violé la loi du mariage, il s'opérait une compensation annihilant le droit de chacun.

Off. de Paris, 11 septembre 1385, f° 109 r° : « ... fuerunt separati quoad bona propter austeritatem et sevitiam viri, et quia pecaverunt hincinde in legem matrimonii fuit adulterium compensatum... » (cf. 22 mars 1385, f° 44 v°.)

(3) *Off. de Paris*, 31 mars 1385, f° 48 r°.

cf. 26 janvier 1387, f° 251 v° : « De Johanna, uxore Stephani Gurgondi actrice in causa separationis contra dictum suum maritum, reum, quia de sevitiis, rancoribus et odiis ortis inter dictos partes nobis constitit, ipsos quoad bona, salvo jure thori, separavimus (salvo jure thori) consentientibus in hoc dictis partibus, que juraverunt facere bonam partem alter alteri de bonis communibus inter ipsos... »

« dicti viri de quibus constat, etc. *et de eorum consensu* » (1).

Nous sommes confirmé dans cette manière de voir par une sentence du 15 juillet, où par hasard la procédure est rapportée d'une façon moins sommaire ; on voit le mari défendeur s'en remettre au serment de sa femme sur la réalité des griefs invoqués contre lui, et demander que la séparation soit prononcée sans autre information :

« Hodie Petrus Ortolarii de Gosonvilla, reus in causa sepa-
« rationis contra Johannetam, uxorem suam, *voluit et consen-*
« *siit* quod in casu quo dicta uxor sua de cetero conqueretur
« de sevitia et austeritate ipsius viri et velit jurare ipsum mari-
« tum suum esse austerum et sevum erga ipsum, etc. *separa-*
« *tionem fieri et celebrari inter ipsos sine alia informatione ulte-*
« *rius fienda, etc.* » (2).

Il est permis de croire que l'acquiescement à une demande unilatérale équivalait en fait à l'exercice d'une action conjointe, car il pouvait être prévu dans une convention antérieure décidant de recourir à un « jugement d'expédient ».

Il devient alors évident que la répression des séparations purement volontaires, qui donnait lieu à tant de poursuites de la part du ministère public, avait simplement pour objet d'assurer le contrôle judiciaire de la moralité des intentions des parties. On voit d'ailleurs l'Official de Troyes accorder à des conjoints, cités par le promoteur, la permission de vivre séparés à raison de leur consentement réciproque, mais après l'exposé des motifs de leur dissentiment :

« In causa promotoris contra Geoffredum Picard et ejus uxorem... *predicte partes consentientes divortium inter eos cele-*
« *brari, quare divortium inter eosdem celebramus* quoad bona et mutuam servitutem, et injunctum fuit eis vivere caste... » (3).

La preuve des faits qui avaient provoqué la discorde pouvait,

(1) *Off. de Paris*, f° 57 v°.
(2) *Off. de Paris*, f° 90 r°.
(3) *Off. de Troyes*, 1503. G. 4189, f° 168 r°. — v. pièce justificative, n° 4. Dans cette espèce la rumeur publique accusait la femme d'entretenir des relations coupables avec des religieux du monastère de Chantemerle (f° 139 v°, 140 r°), aussi l'official lui défend-il d'avoir des rapports avec un certain frère Claude dudit monastère.
V. une décision analogue intervenue également sur poursuite du promoteur le 12 juin 1503, G. 4189, f° 23 v°.

dans certains cas, résulter d'une manière suffisante de l'affirmation appuyée d'un serment, présentée par les auteurs eux-mêmes de la requête : « Attenta dictorum conjugum assertione, necnon eorum senectute, divorcium inter eos celebravimus quoad bona et mutuam servitutem » (1).

Malgré la lutte entreprise par les juridictions royales, pour reconquérir la compétence des causes où le sacrement de mariage n'était pas en jeu, certaines Cours d'Eglise surent conserver la connaissance des procès de séparation entre époux. Jusqu'à la fin du XVII^e siècle, devant ces Officialités favorisées, la jurisprudence que nous venons d'analyser semble avoir subsisté (2). Toutefois, la réserve prudente que le juge avait tout d'abord observée dans sa construction audacieuse, tendit progressivement à s'atténuer. L'extension des motifs reconnus suffisants atteignit l'antipathie d'humeur ; d'autre part, on vit les deux mesures se rapprocher peu à peu jusqu'à confondre presque leurs effets, du moins en ce qui concerne la suspension totale du debitum. Peut-être cette dernière évolution s'est-elle accomplie sous l'influence de la doctrine, car l'un de ses représentants les plus éminents, Sanchez, s'était prononcé en ce sens. Exposant les règles de la séparation pour sévices, il rappelait, en effet, l'importante restriction jusqu'alors observée, mais, ne reconnaissant plus sa raison profonde, c'est-à-dire l'interprétation stricte du texte évangélique, il la déclarait peu satisfaisante et la rejetait. C'était là, d'ailleurs, la conséquence fatale du principe proclamé au Concile de Trente (3). Néanmoins, il invoquait à l'appui de

(1) *Off. de Troyes*, 15 décembre 1507, G. 4191, f° 151 r°-v. pièce justificative, n° 2.

(2) *Off. de Montivilliers*, 26 février 1627 : « Jehan Heroult cité [à la requête de sa femme] pour estre separez du lict et de la table, confesse l'avoir frapée pour correction, l'avoir batue par plusieurs foys et [est] d'acord d'estre séparé du lict et de la table pour estre en repos de conscience. » L'official ordonne néanmoins une enquête (ARCH. DE LA SEINE-INF., G. 5276, f° 35 r°).

La doctrine est restée étrangère à cette construction. V. SANCHEZ, *op. cit.*, Lib. IX, disp. IV, n° 5 : « Possunt conjuges mutuo consensu separari quoad thorum... Hoc tamen debet intelligi duplici moderatione. Altera est, dummodo legitima adsit causa, ut amor continentiae servandae ; *secus quando odio aut indignatione ducti conjuges*, communi consensu separantur. Altera, ne patiatur uterque aut alteruter incontinentiae periculum.

3. V. *supra*, p. 80, note 2.

son affirmation une simple considération de bon sens, et, en second lieu, ne voyant plus l'origine purement prétorienne de ce système, l'absence de tout texte de nature à lui servir de base (1). Si sur ce point s'opère donc une assimilation entre les deux branches de l'institution, leur divergence persista sous le rapport de la durée. Nous verrons qu'elle demeure encore aujourd'hui inchangée. Le caractère temporaire de l'autorisation de vie séparée s'était en effet accentué, car le juge stipulait d'ordinaire un terme obligeant les conjoints à se représenter devant lui à son expiration, pour solliciter le renouvellement de la permission. Souvent la décision initiale prenait ainsi le caractère d'un délai d'épreuve.

Les Archives de l'Officialité de Fécamp ont conservé des procédures où il fut décidé de la sorte.

En 1674 Catherine Loisel s'adresse à l'official pour être séparée de son mari, Michel Allain, en conséquence de ses mauvais traitements. Les deux époux comparaissent en justice et, après l'exposé de leurs torts respectifs « *persistent à demander mutuelle-* « *ment leur séparation* » (2). Dans la sentence qui intervient après enquête, il est dit que les époux : « ont esté permis de demeurer

(1) Sanchez, *op. cit.*, lib. X, *De divortio*. L'auteur envisage tout d'abord à ce point de vue la séparation pour hérésie, disp. XV, n° 4 : « Limitant aliqui (ut referunt Host. et. Joan. Andr. statim allegandi) ut liceat divortium ratione haeresis, quoad mutua obsequia et habitationem, non tamen quoad debitum. Eo quod Christus solam exceperit fornicationem carnalem. At dicendum est quoad omnia esse licitum divortium. Si enim debitum redderetur haeretico, ex familiaritate immineret idem periculum Catholico. Item quia frustra tolleretur cohabitatio, non sublato jure petendi debiti ; cogetur enim indirecte Catholicus ad quandam cohabitationem, si alteri quandocunque petenti cogatur reddere. Deinde, quia *c.* 2. *de divortiis* generaliter et indistincte asseritur licere catholico separari. »

Ensuite il pose la question des sévices, disp. XVIII, n° 4 : « Quidam conclusionem limitant, ut ratione saevitiae liceat divortium, manente obligatione reddendi debiti conjugi saeviti, si absque reddentis periculo fieri possit. Sic Ovandus 4, dist. 35, disp. unic. propos. 5. Et potest id probari. Quia ratione sevitiae ejus exigendi debiti et cohabitandi non amittitur, sed suspenditur ratione periculi. Ergo ubi id periculum in redditione debiti minime reperitur, ea neganda non erit. Verum contrarium mihi suadeo. Quia ubi conjux ob culpam propriae saevitiae privatur consortio maritali, donec resipiscat, sufficientemque incolumitatis cautionem praestat, omnimodum jus ejus suspenditur, ut vel sic diligenter incumbat remedio adhibendo... Praeterea, quia textus num. 2 allegati concedunt indistincte separationem, ac indistincte restitutionem negante, donec cautio detur.

(2) *Off. de Fécamp*, Arch. de la Seine-Inf., G. 5217, n° 42.

« séparément *etiam a thoro* jusqu'à l'espace de six mois veu l'anti-
« pathie de leurs mœurs,... après lequel temps de six mois expirés
« ils seront tenus nous présenter une seconde requeste, au cas
« que Dieu ne leur fasse la grâce de les bien réunir ensemble,
« pour faire dire que la présente sentence de séparation passera
« diffinitive... » (1)

Il ne faut pas d'ailleurs interpréter cette dernière expression comme reconnaissant un droit ferme à une séparation vraiment définitive, car cette décision provisoire pouvait être suivie d'un nouveau jugement temporaire.

Jacques Ruault, marié depuis cinq semaines avec Marie Jouen, demande en 1575 à l'official de Fécamp de dissoudre leur union, par ce motif que celle-ci « lui auroit toujours refusé le debvoir de mariage » (2). Une visite médicale est alors ordonnée dont la conclusion établit la conformation normale de l'épouse. Le juge, ayant ouï les griefs de chacun, prononce le 26 août dans les termes suivants : « nous avons ordonné que veu le peu d'amittié qu'il y a entre les parties et le peu de temps qu'ils sont conjoints par mariage, qu'ils vivront séparément par l'espace de trois semaines de ce jour, pour ensuitte venir déclarer s'ils *persistent à vouloir demander à demeurer séparés* ; cependant que lad. Jouen demeurera en la garde de son frère, auquel nous avons enjoint de faire bonne et seure garde, à quoy il s'est submis... ». Après plusieurs défauts de l'épouse, dédaigneuse de solliciter la prolongation devenue nécessaire, un second jugement, précédé d'une ordonnance disant « qu'il sera fait droit diffinitisvement » (3), intervient le 3 octobre où l'Official dispose en faveur du mari : « l'avons permis de vivre séparément d'avec ladite Jouen l'espace de trois ans, por ce que après ledit temps, au cas qu'ils ne soient remis ensemble, ils seront tenus comparoir par devant nous pour *veu et considéré l'antipatie de l'humeur* desdites parties estre prononcé diffinitisvement sur ladite séparation » (4).

(1) *eod. loc.*, n° 38 r° v°.
(2) *eod. loc.*, n° 25.
(3) *eod. loc.*, n° 24.
(4) *eod. loc.*, n° 23.
cf. *Off. de Besançon*, Arch. du Doubs, G. 575, sentence d'appel du

L'évolution du droit, élargissant sans cesse la faculté de recourir à la séparation au moyen d'une demande consentie par chacun des époux, semblait avoir atteint avec « l'antipathie d'humeur » une limite que le juge ne pouvait dépasser, sans proclamer lui-même l'amoindrissement de son intervention.

Mais la séparation judiciaire avait accompli une étape décisive, lorsque, se dédoublant, elle s'était engagée dans la voie de la juridiction gracieuse. Dès lors l'élément contractuel, recélé par cette forme nouvelle, devait se développer et tendre toujours davantage à se dégager de l'emprise autoritaire du juge. Dans cette rivalité latente pour la suprématie entre les deux éléments constitutifs de l'acte judiciaire gracieux, le pouvoir inhibitif du magistrat avait progressivement laissé s'accroître le pouvoir contractuel des parties, et avait sanctionné dans des hypothèses plus nombreuses l'efficacité de l'accord conjugal, visible ou déguisé. Néanmoins l'apparence était demeurée sauve, l'acte qui consacrait le droit pour les époux de vivre séparés se présentait encore sous l'aspect d'un jugement, et le choix opéré originairement par l'Eglise paraissait respecté.

Cependant la transformation juridique ne devait pas en rester là.

Dans le ressort du Parlement de Douai, la juridiction ecclésiastique avait vu ses prérogatives maintenues officiellement par le pouvoir royal (1). En effet, lors des annexions successives qui réunirent la Flandre et le Hainaut à la couronne de France, Louis XIV, évitant de froisser les sentiments et de heurter les habitudes, avait eu la sagesse de permettre aux populations de garder leurs traditions locales ; les engagements qu'il avait

22 juin 1779, maintenant la séparation de corps entre Claudine Pontelet de Besançon et son mari J.-B. Humbert durant un laps de six ans :
eod. loc. G. 703 (1706), séparation pour dix ans entre Claude Vardin, notaire-greffier en la justice du Val d'Ajol, et Anne Grosjean son épouse ;
Off. d'Arras, 22 nov. 1763, sentence permettant à la dame de Bourghelles de vivre séparée de son mari pendant trois ans (Guyot, *Rép.* v° *Sép. de corps.*)

(1) Guyot, *Rép.*, v° *Sep. de corps*, 2e § : « Il n'y a plus dans le royaume qu'un Parlement où l'ancienne jurisprudence soit encore en vigueur, c'est celui de Douai ; cette Cour n'est cependant pas plus ultramontaine que les autres... ; mais elle a par rapport aux séparations de corps des lois dont il ne lui est pas permis de s'écarter, et qui fondent nettement la compétence du juge d'Eglise. »

pris étaient consignés dans des textes ayant force de loi (1). Ce furent ces textes qui s'opposèrent, jusqu'à la fin de l'ancien droit, aux efforts des magistrats pour s'assurer dans ces provinces, qui avaient reçu les canons promulgués au Concile de Trente, le transfert de compétence obtenu par les autres Cours. Besançon dut à son rattachement tardif à la couronne une situation analogue, mais là, semble-t-il, la persistance des règles du Concile ne fut pas commandée par la volonté du souverain, mais résulta simplement du maintien des anciens usages dans les mœurs (2).

C'est au cours du XVIII^e siècle, que dans ces deux régions, nous assistons à l'achèvement du mouvement suivi depuis cinq siècles, marqué par le passage de la phase judiciaire gracieuse à la phase purement contractuelle. La sagesse populaire exprime un tel retour des choses, en disant que l'Histoire est un perpétuel recommencement ; c'est, en effet, le « libellum » romain, qui avait joui d'une vitalité étonnante jusqu'à la fin du monde caro-

(1) En 1677 Louis XIV confirma la juridiction de l'Official, en accordant par l'article 13 de la *Capitulation de Cambrai* « que la justice seroit administrée, comme elle l'avoit été ci-devant par l'Official et officiers, tant de l'archevêque que des chapitres, féodaux, magistrats et autres, ayant juridiction esquelles ils seroient maintenus, chacun à son égard ». (Guyot, *Rép.*, v° *Official*).

Après la paix d'Utrecht de 1713, Louis XIV laissa les populations flamandes jouir « paisiblement et pleinement de tous privilèges, coutumes, usages, immunité, droits, libertés, franchises, juridictions, justice, police et administration à eux accordés tant par les rois de France que par les princes souverains de ce pays ». (*Capitulation de Lille*, *art.* 12).

Edit de janvier 1750 *portant création d'une chaire de Droit français dans l'Université de Douai* : « Nous avons... trouvé bon que les Peuples des Pays-Bas qui sont revenus sous notre obéissance, continuassent de suivre d'anciennes Ordonnances qui leur étoient propres ; et comme les dispositions de ces Ordonnances ne sont pas toujours entièrement semblables à celles des Loix observées dans le reste de notre Royaume, il est du bien public que ceux qui se destinent au service de la justice, puissent recevoir les instructions dont ils ont besoin sur ces Ordonnances particulières... » (P. Collinet, *l'Ancienne Faculté de Droit de Douai*, p. 207, dans *Trav. et Mém. de l'Université de Lille*, t. 9, Lille, 1900.)

Cette compétence de l'official ne laissa pas cependant de soulever des difficultés entre l'Archevêque de Cambrai et le Parlement ; ce dernier ayant tenté au moyen de l'appel comme d'abus de s'approprier, ainsi que l'avaient fait les autres Cours, la compétence des causes matrimoniales (V. Guyot, *op. cit.*, v° *Official.*)

(2) Les Archives du Doubs (G. 535 à 905) renferment de nombreuses procédures de séparation entre époux, prononcées devant l'officialité de Besançon jusqu'à la fin de l'Ancien Droit.

lingien, que nous voyons alors reparaître, reconnu par l'Eglise comme institution régulière, mais recouvrant au lieu du « repudium » antique la construction chrétienne de la séparation.

La transition paraît s'être opérée par l'effacement de plus en plus accentué du rôle de l'official. L'accord des parties s'est d'abord détaché de l'instance, consigné dans une requête à laquelle ne manquait qu'une homologation pour produire les effets d'une convention valable ; car la mission du juge s'est réduite au prononcé d'un simple « donné acte » avant de disparaître.

Ce moment du Droit coutumier ecclésiastique apparaît dans un arrêt du Parlement de Flandre prononcé le 14 mars 1704 (1). Une procédure régulière en séparation avait tout d'abord été intentée devant l'official d'Ypres, par Marie Anne Lauwereyns qui se plaignait des mauvais traitements du sieur de la Fargue de la Sale, son mari ; mais bientôt, tous les deux s'accordant à vouloir demeurer séparés de corps et de biens « jusqu'à ce que Dieu leur feroit la grâce de réunir leurs esprits », elle abandonnait sa demande pour transiger avec lui. Cette convention purement privée, qui n'aurait dû constituer au regard du Droit Canon classique qu'un acte sans valeur, était alors soumise à l'official aux fins d'homologation, et ainsi se trouvait réalisée la séparation régulière des époux.

Nous sommes parfaitement renseigné sur les modalités du processus nouveau par le document suivant daté du 7 janvier 1755 :

« A Monsieur le Révérend Official de la cour archiépiscopale « de Besançon... supplient humblement lesd. Gérard Lechail- « lier, négotiant de lad. ville, et demoiselle Jeanne Françoise « Pyot son épouse, et disent qu'au mois de septembre 1749, ils « reçurent la bénédiction nuptiale sans avoir put connestre si « leurs caractères simpatiseroient à cause de l'éloignement de

(1) J. POLLET, *Arrests du Parlement de Flandre* (Lille, 1716), 1re part. Arrêt 28, pp. 75 et s. Le Parlement avait eu à statuer, en appel d'une sentence du baillage d'Ypres, sur la validité des aliénations effectuées par la femme durant la séparation, car au bout de neuf ans de vie séparée les parties, par un nouveau contrat, avaient conclu leur réconciliation, et le mari tenta vainement de faire annuler les actes de disposition passés dans cette période.

« leur domicile. Le cosupliant étant originaire de Besançon,
« et la cosupliante native de Montmirey-le-Château : dès la cé-
« lébration de leur mariage ils ont malheureusement éprouvé
« l'antipathie et la contradiction de leurs humeurs, elle est pour
eux une source de troubles et de division continuelle, à tel
« point que depuis quelques mois ils n'habitent plus ensemble...

« L'intime conviction où ils sont que les esprits ne se réu-
« niront pas citost, qu'une même demeure ne feroit qu'augmenter
« le divorce et la discussion, pénétrés d'ailleur qu'ils ne peuvent
« se rapprocher et vivre en sureté de conscience dans une aver-
« sion réciproque et que la présence des objets ranime à chaque
« instant, *ils ont pris le party de se séparer volontairement* pour
« trois ans, dans l'espérance que cette interruption de cohabita-
« tion pourroit éteindre ces mouvements qui les divisent et rame-
« ner dans cette intervalle la conciliation, la paix et l'amittié. »

« Le cosuppliant, en consèquence, se soumet de relâcher à son
« épouse son trousseau, la jouissance des fonds qui luy ont été
« relachés par traités de mariage et, en outre, il luy assure une
« pension de cinquante livres annuellement en conformité des
« arrangements qu'ils ont prit ensemble.

« La cosupliante, d'autre côté, s'est soumise d'aller vivre
« ches le Sr Pyot son père comme étant la demeure la plus dé-
« cente qu'elle puisse choisir, mais persuadés qu'ils ne peuvent
« légitimement prendre cette résolution sans se faire authoriser
« du juge d'Eglise, ils ont recours à votre authorité, Monsieur,
« pour qu'il vous plut *confirmer* cette séparation pour trois
« années... »

La procédure d'homologation de cet acte était réduite à son expression la plus simple ; l'official se bornant à le transmettre au curé des parties accompagné de la mention en marge : « soit communiqué au curé des parties pour sur son avis être ordonné ce que de raison ». Ledit curé ayant estimé en l'espèce « qu'attendu... la contrariété de leurs humeurs... ont peut leur accorder les fins de leur requête », l'official toujours dans la marge, rédigeait ainsi sa décision : « vu la présente requête... nous avons séparés et séparons les supliants pour trois ans de lit et de demeure. » Suivait la mention d'insinuation à Besançon le 20 janvier 1755.

Qu'une telle façon de procéder eût été couramment suivie, c'est ce dont on ne saurait douter, non seulement si l'on considère la brièveté des clauses de la requête et des mentions en marge, qui révèle l'intervention de praticiens reproduisant des formules usuelles, mais encore à raison du texte même de la demande qui atteste, pour obtenir confirmation de ladite convention, que : « l'Eglise les authorise tous les jours quand il y a juste sujet de le faire. » (1).

Mais déjà des époux, confiants dans la valeur du pacte conclu par devant un notaire royal, négligeaient de solliciter du juge ce simple donné acte ; et le dernier vestige du contrôle si longtemps exercé par l'Eglise sur cette institution, qu'elle avait d'abord prohibée, se rencontre dans une brève mention rappelant que : « les Conseils des parties, personnes sensées et judicieuses, *même de l'ordre ecclésiastique*, voyant les choses sur le point d'éclatter... les ont engagées à se rapprocher pour un moment à l'effet de traitter à l'amiable, et convenir d'une *séparation volontaire* pendant quelques années » (2).

L'autonomie de la volonté avait fini par reparaître dans ce domaine où sa condamnation trop absolue, allant jusqu'à l'ériger en délit, n'était pas justifiée par une nécessité éthique, ou un besoin social permanent (3). Mais avec l'admission du contrat comme mode de formation de la séparation conjugale, nous quittons le terrain du Droit canonique, pour rejoindre une pratique qui s'était développée dans le Droit coutumier, depuis

(1) Arch. du Doubs, G. 585, v. Pièce justificative, n° 5.
cf. [Abbé de Brézolles], *op. cit.*, t. 2, part. IV, tit. II, ch. 2, art. 2, n° 2 : La demande en séparation s'introduit devant l'Official par une requête au bas de laquelle il permet d'assigner. La requête doit contenir les moyens sur lesquels est fondée la demande en séparation de corps. L'assignation donnée, si les parties comparaissent, et que le défendeur dénie les moyens proposés par le demandeur, *on peut permettre* de faire enquête respective, ordonner des interrogatoires...

(2) Arch. du Doubs, G. 706, v. Pièce justificative, n° 6.

(3) cf. Brunet sur Fevret, *Traité de l'Abus* (éd. 1786), t. I, liv. V, ch. 5, n° 16, note f : « Il est certain que les demandes en séparation a thoro sont de la compétence des Juges ecclésiastiques et que les mauvais traitemens sont l'une de ces causes... De nos jours ces sortes de demandes sont inusitées : l'on demande devant le Magistrat séculier la séparation de biens, et à l'égard de celle de corps, les parties l'exécutent sans s'amuser à plaider pour l'obtenir. »

que les justices royales avaient enlevé presque partout aux officiaux la compétence des causes matrimoniales. Aussi retrouverons-nous l'étude de cette question dans le prochain chapitre.

APPENDICE. — *Le Droit canonique moderne reconnaît la validité des pactes de séparation.*

Avant d'aborder l'histoire de la coutume laïque, il n'est peut-être pas inutile de voir comment cette discipline, qui ne participe plus à l'exercice de la puissance publique, a poursuivi sa marche dans notre société contemporaine. Car l'Eglise, dépossédée dans la plupart des Etats de tout pouvoir officiel de juridiction civile, a maintenu sa vocation législative, et ses lois n'ont cessé d'enseigner les principes qui régissent l'institution matrimoniale dans son ensemble. Si l'étude du Droit canonique moderne ne présente plus la valeur didactique de celle des Décrétales et des usages des officialités médiévales, parce qu'il n'est plus l'expression d'un système juridique universellement appliqué, l'autorité morale dont l'Eglise continue de jouir parmi les nations, et l'influence qu'elle exerce toujours sur un grand nombre de consciences, lui gardent un intérêt qui n'est pas contestable.

La nécessité dans tous les cas d'une intervention judiciaire pour rendre licite la rupture de la vie commune, n'est plus admise par la doctrine récente (1). Le code du Droit canonique promulgué par le Pape Benoît XV, plus libéral que notre Code civil, confirme ce principe par son canon 1131, qui prévoit les

(1) DE SMET, *Les fiançailles et le mariage*, n° 155 (trad. fr. sur la 2e éd. latine, Bruges, 1912) : « L'époux peut de sa propre autorité et sans attendre la sentence du juge, abandonner son conjoint ou le renvoyer, non seulement quand il y a péril en la demeure, auquel cas la séparation provisoire est toujours licite, mais encore pour cause d'adultère certain et notoire. »

GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, n° 859, enseigne que la communauté de vie n'est pas de l'essence du mariage : « communio habitationis, tori et mensae non pertinet ad substantiam matrimonii », et plus loin (n° 1074) : « Coeterum jus et obligationem ad hanc vitae communionem pertinere ad integritatem potius quam ad essentiam matrimonii alias diximus ; ideoque *valere matrimonium cum pacto non habitandi* in eadem domo eademque mensa et toro non utendi, salvo utrique parti jure conjugali. » cf. n° 207.

hypothèses où un époux peut recourir à la séparation « auctoritate Ordinarii loci, et *etiam propria auctoritate*, si de eis certo constet, et periculum sit in mora ». Par ailleurs, la dualité de réglementation subsiste (1), malgré la terminologie qui s'est fondue dans l'appellation unique : « separatio tori, mensae et habitationis » (2). L'opposition toutefois n'apparaît plus que dans un seul effet : la séparation causée par l'adultère fournit au conjoint outragé un droit définitif (3), tandis que la séparation motivée par d'autres griefs est essentiellement temporaire : « causa separationis cessante, vitae consuetudo restauranda est » (4).

On ne rencontre pas le consentement mutuel parmi les cas où la séparation temporaire est permise par le code, dont la liste est ainsi libellée :

« Si alter coniux sectae acatholicae nomem dederit ; si prolem acatholice educaverit ; si vitam criminosam et ignominiosam ducat : si grave seu animae seu corporis periculum alteri facessat : si saevitiis vitam communem nimis difficilem reddat, haec aliaque id genus, sunt pro altero coniuge totidem legitimae causae discedendi... » (5).

Mais il ne semble pas que ce silence équivaille à une condamnation, car l'énumération donnée n'est pas limitative, mais simplement énonciative (6), et aucun autre texte ne reproduit la règle formulée par l'article 307 de notre Code civil.

(1) La séparation pour cause d'adultère n'a pas évolué. Gasparri, *op. cit.*, n° 1115 : « ... conjux ad divortium jus habet ex ipsa Evangilii lege, ita ut sententia judicis tantum declaret causam idest adulterium verificari... »

Codex juris canonici, can. 1129 : « Propter coniugis adulterium, alter coniux... ius habet solvendi, etiam in perpetuum, vitae communionem... »

(2) Codex, rubrique des canons 1128 à 1132.

(3) Codex, can. 1130 : « coniux innocens, sive judicis sententia sive propria auctoritate legitime discesserit, nulla unquam obligatione tenetur coniugem adulterum rursus admittendi ad vitae consortium... »

(4) Codex, can. 1131, § 2.

V. Vermeersch et Creusen, *Epitome juris canonici* (Bruges-Bruxelles, 1924, t. II, lib. III, *Codicis juris canonici*, n° 442 : Abrogatur ergo ius Decretalium (c. 6, *de convers. coniug.*, X. III, 32) quo ob haeresim vel apostasiam a fide separatio *perpetua* liberat.

(5) Codex, can. 1131, § 1.

(6) Le principe qui domine la matière est contenu dans le can. 1128 : « coniuges servare debent vitae coniugalis communionem, nisi *iusta causa* eos excuset ».

Au surplus Gasparri, qui a joué un rôle éminent dans la confection du Codex, a, dans son traité classique qu'on peut considérer comme l'expression la plus autorisée de la doctrine moderne, reconnu formellement le consentement mutuel comme mode de formation valable de la séparation conjugale. En effet, après avoir rappelé que l'adultère n'est pas, comme l'avaient prétendu les écoles protestantes, l'unique cause légale de divortium, il formule la proposition suivante : « Ejusmodi causae « reducuntur ad adulterium, haeresim seu schisma, quodvis peri- « culum grave, *mutuum consensum*... (1) ». Et plus loin il développe ainsi cette idée : « ... ex mutuo consensu posse conjuges « se separare ad tempus ut orationi vacent... et ita etiam ob « aliam justam causam. Imo cum neuter teneatur jure suo « uti, possunt, citra incontinentiae periculum, etiam in per- « petuum se separare mutuo consensu ac privata auctoritate « tum quoad torum, tum etiam quoad mensam et habitatio- «nem ... » (2).

Cette autorité pourrait suffire à démontrer quelle a été la pensée des rédacteurs du code en la matière, et par conséquent quelle est la loi actuellement en vigueur. Mais, à la vérité, nous n'en sommes plus réduits à cette simple stipulation tacite. Depuis le 7 juin 1929 il existe sur ce point un texte tout à fait officiel, qui est d'ailleurs, il convient d'en faire encore la remarque, en

(1) Gasparri, *op. cit.*, n° 1111. Les auteurs qui, comme Le Picard, *op. cit.*, p. 190, s. déclarent illicite toute séparation amiable, en droit canonique contemporain, ne nous semblent pas avoir tenu un compte suffisant de cette opinion si importante.

(2) Gasparri, *op. cit.*, n° 1118.

Contra Wernz, *Ius Decretalium*, t. IV, pars. II[a] (2[e] ed. 1912), (nous n'avons pas pu consulter la dernière édition par Vidal) ;

cf. Marc et Gestermann, *Institutiones Morales Alphonsianae* (18[e] éd., 1928), t. 2, n° 2123. « Justae causae divortii sunt adulterium conjugis, certa gravia pericula animae vel corporis et mutuus consensus... 3° De mutuo consensu. *a) separatio a toro* fieri debet regulariter solummodo ad tempus, propter periculum incontinentiae... *b) separatio a tecto*, si est temporaria, non requirit interventum Episcopi ; adesse tamen debent causae proportionate graves... (Principium : Conjuges servare debent vitae conjugalis communionem, nisi justa causa eos excuset) Separatio vero in perpetuum requirit consensum Episcopi... »

Vermeersh et Creusen, *op. cit.*, n° 442, p. 253 : « Ex mutuo consensu conjuges separationem tori, etiam perpetuam, ob gravem causam admittere possunt, v. g. ob periculum gravis morbi, ob magnam nutriendae prolis difficultatem, ad servandam perfectam continentiam, etc. »

grande partie l'œuvre du Cardinal Gasparri. C'est aux Accords de Latran, qui viennent d'être conclus entre l'Italie et le Saint-Siège, que nous faisons ici allusion (1). On sait, en effet, qu'ils n'ont pas eu seulement pour but de régler des questions de droit public, mais qu'ils réglementent, en outre, des matières de pur droit privé comme le mariage. Or l'article 29 du Concordat dispose, dans son septième alinéa, que les causes de séparation seront jugées par l'autorité judiciaire civile. Qu'est-ce à dire, sinon que le mode consensuel moyennant homologation du tribunal, prévu par l'article 158 du Code italien, est parfaitement licite au regard de l'Eglise (2). Et cependant les magistrats laïcs n'auront ni le moyen, ni le droit, de prendre en considération, pour refuser la ratification demandée, le « periculum incontinentiae » dans lequel les jurisconsultes ecclésiastiques voient la seule circonstance qui puisse faire obstacle à la reconnaissance du consentement mutuel.

La disposition laisse entière, il est vrai, la question des pactes purement privés, n'ayant pas eu à les envisager ; mais l'opinion citée plus haut n'a-t-elle pas été implicitement consacrée par le Codex de 1917 ? D'autre part, étant donné sa nature, l'homologation dont s'agit peut-elle avoir quelque valeur aux yeux des canonistes ?

On peut donc affirmer que le droit de l'Eglise reconnaît encore aujourd'hui, en principe, la validité de la séparation amiable entre époux.

(1) *Acta Apostolicae Sedis*, 7, 6, 29.
Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, 8, 6, 29.
v. également *La Documentation catholique*, t. 21, col. 1617, s. (n° 480, 29 juin 1929).

(2) En exécution du Concordat la législation civile a été modifiée pour la rendre conforme au Droit canonique. Or la loi votée le 27 mai 1929, c'est-à-dire entre la conclusion (11 février) et la ratification des Accords (7 juin) stipule expressément, art. 19 : « Les dispositions du Code civil relatives à la séparation des époux demeurent en vigueur, même pour les mariages célébrés devant un ministre du culte catholique et pour lesquels il y a eu transcription. » (Loi n° 847, *G. U.* 8, 6, 29.)

CHAPITRE III

LE DROIT COUTUMIER

§ 1er. — Les premières interventions du pouvoir civil en matière de séparation conjugale

Les empiètements qui furent réalisés en premier lieu sur ce domaine que l'Eglise regardait comme dépendant exclusivement de sa juridiction, paraissent avoir été le fait du Roi, siégeant en son conseil, puis en son Parlement.

Le Droit Canon n'avait pas encore atteint son plein développement, et le Décret de Gratien n'était pas paru, à l'époque où nous croyons voir l'origine de cette intervention du prince, permettant aux époux qui recouraient à lui de cesser de cohabiter. En 1128, en effet, le médecin Obizon et Gente sa femme, furent séparés en présence de Louis VI le Gros et de la reine, assistés de conseillers clercs et laïcs. L'acte qui fut dressé, destiné à être déposé à l'abbaye Sainte-Geneviève, était muet sur les causes qui l'avaient provoqué (1).

La discipline religieuse était, au contraire, complètement constituée lorsqu'en 1326 le roi Charles IV, en présence de son Parlement, et en vertu de sa « puissance et autorité royal » décidait

(1) Arch. Nat., K. 22, nº 54 : « Notum sit omnibus hominibus, tam presentibus quam futuris, quod Genta, uxor Obizonis medici, post separationem eorum ante regem Francie et reginam et multos alios factam in domo Johannis de Barra, iterum reversa ad eundem Obizonem, reddidit et donavit per virgam, proprio jure, sine ulla conditione, eidem Obizoni et suis heredibus... Postea vero predictus Obizo reddidit in dotem eidem Gente omnes domos suas, quas Parisius habebat, quam dotem predicta Genta, pro vineis predictis, sibi proprio jure donaverat, in eadem domo Johannis de Barra.

Actum est autem hoc in ecclesia Beate Genovefe in civitate, anno Incarnationis domini nostri Ihesu Christi MºCºXXº VIIIº, regnante Ludovico rege Francie anno vicesimo in presentia horum hominum quorum nomina subscripta sunt... » (R. de Lasteyrie, *Cartulaire général de Paris*, nº 221, 1887.)

« pour certaine et juste cause » en faveur de Mahaut de Beaumez, qu'elle aurait toute faculté d'agir « comme se elle n'estoit mie mariée... ja soit que son baron soit encore en vie ». Il est probable qu'à cette époque le juge d'Eglise ne s'était pas encore reconnu le pouvoir d'accorder dans d'autres hypothèses que l'adultère la dispense de la vie commune ; aussi l'arrêt se gardait-il, tout en aboutissant à la chose, d'employer l'expression de séparation et d'en mentionner les motifs (1).

C'est également en son Parlement que Charles V, le 4 août 1378, date à laquelle l'Official de Paris avait sans doute déjà admis le « divortium quoad bona » avec les causes et les effets que nous savons, sanctionnait une séparation intervenue *par consentement mutuel*, en faisant enjoindre au mari d'en respecter les clauses sous peine d'amende (2).

Cette pratique devenue plus fréquente, ou plutôt moins excep-

(1) Notum facimus quod in presenti nostro Parlamento quedam nostre fuerunt exhibite littere formam que sequitur continentes :

« Charles, par la grâce de Dieu, roys de France et de Navarre, au baillis de Tours et de Bourges ou à leur lieus tenanz, saluz. Comme nous, de certaine science, et pour certaine et juste cause, nous aions ordené que Mahaut de Bommez, dame de Estrepigny, ait et tiegne tout son propre héritage, qui est de par li et de cinc cenz livrées de terre de la terre à son baron, savoir vous faisons que, ja soit que son baron soit encore en vie, nous, de notre puissance et autorité royal, li donnons pooir et auctorité que elle tiegne et governe la terre dessudite en sa main, tout aussi comme se elle n'éstoit mie mariée... »

« Donné à Baugenci le quart jour de février l'an de grâce mil CCC XXIIII. »

Quarum auctoritate litterarum curia nostra... IX die aprilis (1326). (Boutaric, *Actes du Parlement de Paris*, n° 7834.)

(2) Arch. Nat., X 1 *a*, 27 f° 11 r°. Karolus etc., gubernatori nostro baillivie Aurelianensis aut ejus locumtenenti salutem. Curie nostre parlamenti exposuit conquerendo Mellina de Cigloy uxor separata Johannis Rogeau quod, cum pro dura prava et aspera vita quam dictus Rogeau eidem Melline ducebat, ipsi conjuges de eorum consensu separati fuissent bonaque inter ipsos prout hoc per litteras authentiquas super hoc factas dicitur plenius apparere et quod dictus Rogeau dictam supplicationem alias impediverat in dictis suis bonis adjudicatis et inter se divisis dicta Mellina causas alias nostris litteris a nobis seu curia nostra obtinuisset per quas vobis gubernatori mandatum exstitit et commissum ut dicto Rogeau sub pena quingentarum librarum nobis applicandorum inhiberetis ne ipsam in suis bonis sibi adjudicatis et divisis aliqualiter impediret, quo circa ex ordinacione dicte nostre curie vobis iterato mandamus quatenus predicto Johanni Rogeau, sub dicta pena nobis quingentarum librarum applicandorum inhibeatis ne dicte Melline aut in bonis suis quibuscunque sibi ut predicitur adjudicatis impedimentum aliquod inferat vel apponat... datum par. in parlamento nostro 4ª die augusti et regni nostri 14. (Viltard, *op. cit.*, Pièces justificatives, n° 29.)

tionnelle, devait même bientôt changer quelque peu d'aspect. Au lieu de retenir lui-même la connaissance de ces sortes d'affaires, le souverain allait les confier comme les autres à ses gens de justice par voie de délégation expresse.

Dès 1390 ce changement d'attitude est réalisé en Bourgogne, ainsi qu'il résulte de Lettres qui furent délivrées sur mandat de la Duchesse par le Bailli de Dijon. Une dame Laure de Chableux « honneste et de bonne conversation » l'avait, en effet, saisie d'une requête aux fins d'obtenir les moyens de vivre séparée d'un mari, qui, non content de dissiper ses biens « en tenant et gouvernant garces et mesmement en l'ostel de la dicte Lore », lui menait « moult dure vie, l'ayant villennée et batue tres outraigeusement par plusieurs foiz, senz aucune cause ou occasion souffisante ». Le bailli ayant donc fait informer des griefs, rendit en sa faveur un jugement par défaut dont il lui délivra des Lettres, qui furent publiées, notifiées et signifiées publiquement et généralement par les soins du maieur. Cette sentence organisait entre les époux une séparation d'habitation, accordant à la requérante tous pouvoirs sur sa personne et sur son patrimoine ; mais, toutefois, pour ménager probablement la juridiction rivale, elle se gardait encore de faire usage du mot lui-même de séparation. Voici au surplus comment elle était conçue :

« A ycelle Lore avons donné et donnons de nostre office,
« et en tant comme nous le pouvons le faire deuement, puissance
« et auctorité de *soy et touz ses biens* gouverner en son chief, et
« d'en vivre et soustenir son estat raisonnable : de ester en touz
« jugements en demandant et en deffendant en toutes causes,
« de poursuir, requerir et demander ses droiz, actions, raisons ;
« de admodier et accenser ses dis héritaiges, de demander et
« recevoir les proffiz et emolumens diceulx et d'en faire quit-
« tance ; de faire touz contraux licites et honnestes, lesquelx nous
« déclairons valoir telx et de telle vertu comme se faiz estoient
« par personne estant en sa propre et liberal puissance ; et, se
« mestier est, de vendre et aliéner sesdiz héritaiges pour ses
« vivres et necessités quant besoing sera, par l'auctorité de nous
« ou de nostre lieutenant. » (1)

(1) Arch. de la Côte-d'Or, B 11309, f° 67 r° et v°. « Donné le mer-

De même nous voyons le Chatelet de Paris, le 13 octobre 1414, entériner des « lettres royales » par lesquelles une femme obtenait contre son mari « provision de vivre » (1).

Il est certain toutefois qu'il ne s'agissait là, aussi bien lorsque le prince saisissait un de ses officiers que lorsqu'il jugeait lui-même, que d'une procédure d'exception fondée sur sa toute puissance, et non pas d'une voie du droit commun. La considération des personnes au profit desquelles elle intervenait, médecin du roi ou gens de qualité, suffirait d'ailleurs à le démontrer. La compétence des Officiaux n'était donc pas, en réalité, atteinte, par ces décisions qui constituaient des mesures privilégiées.

Au contraire quand Beaumanoir, à la fin du XIII^e siècle, nous apprend que la femme qui s'éloigne de son mari pour raisonnable cause « puet requerre à justice qu'ele ait des biens communs pour sa soustenance » (2) ; c'est bien à la naissance d'une jurisprudence séculière qu'alors nous assistons. A dire vrai, l'auteur ne donne pas pour mission au juge laïc de séparer valablement en droit ceux qui « ne pueent manoir ensemble » ; car « a sainte Eglise apartient la connoissance du mautalent, se ples en muet » (3) ; et ce n'est pas non plus d'une séparation de biens qu'il s'agit, car « il n'i a nule division comme de moitié ne de quart », et selon la coutume la femme ne reprend pas « les despueilles de son propre éritage » (4). Beaumanoir se borne à disposer en faveur des épouses malheureuses, le mari maître des biens n'ayant pas besoin de la protection judiciaire, « qu'eles soient *secourues* par l'office as juges et selonc leur loial estimacion » (5). D'ailleurs pour éviter les abus possibles en cette matière, il rappelle que la requête ne doit pas être reçue, si « li barons la vueille reprendre bonnement... en convenant qu'il ne li fera chose par quoi ele s'en doie partir » (6), et que la décision rendue doit être révoquée « s'il avient qu'ele mène mauvaise vie...

credi vaille de l'assencion nostre seigneur, l'an mil CCC IIII^xx et dix. » v. le texte complet du document, *infra*, pièces justificatives, n° 7.

(1) Arch. Nat., Y 5228, f° 20 v°. (O. Martin, *Sentences civiles du Châtelet de Paris*, n° 135, NRH 1914, p. 467.)

(2) Beaum., *op. cit.* (ed. Salmon), n° 1629.

(3) Beaum., *op. cit.*, n° 1626.

(4) Beaum., *op. cit.*, n° 1629.

(5) Beaum., *eod. loc.*

(6) Beaum., *eod. loc.*

si comme s'ele fet folie de son cors, ou ele tient mauvès ostel (1) ».

Le système décrit par le jurisconsulte de Beauvaisis reçut devant les justices séculières une application effective. Nous n'en voulons pour preuve que cet arrêt rapporté aux « Olim » par lequel le Parlement de Paris, en 1299, donnait ordre au bailli d'Amiens de pourvoir à ce que la dame de Beauval ne soit plus exposée aux injures et sévices de son mari, et d'assigner ce dernier en paiement d'une pension annuelle de trois cents livres pour elle et ses enfants (2).

Le Droit coutumier aboutissait de la sorte à permettre la persistance des *séparations de fait*, par l'octroi des mesures pécuniaires exigées par les circonstances. Le juge laïc n'en appréciait pas moins la légitimité des torts invoqués, pour accorder implicitement une autorisation de vivre séparés (3). Aussi son attitude devait profondément influencer l'évolution du Droit Canon, car il est vraisemblable que si l'Official n'avait pas adopté des règles analogues, le système coutumier eût développé ses conséquences normales, et, par l'effet d'une facile concurrence, la déchéance des Cours de chrétienté se fût produite dès le XIV^e^ siècle (4).

En fait jusqu'au milieu du XV^e^ siècle, il semble bien que les juges ecclésiastiques ne furent guère inquiétés sur le terrain proprement dit du « divortium » ; car on ne contestait pas encore l'opinion qui leur reconnaissait exclusivement le droit de *pro-*

(1) BEAUM., *op. cit.*, n° 1630.

(2) OLIM. IV, f° 39 r°. Inquesta facta super injuriis et sevitatibus illatis domine de Beau-Val per maritum suum visa est et expedita, et mandatum ballivo Ambianensi quod ei de securitate provideat, ita quod ejus maritus sevicias non exerceat contra eam, et de victu sibi faciat sufficienter provideri, pro se et liberis suis qui sunt cum ea ; et quia dictus maritus cum ea acceperat tria millia librarum, curia ordinavit summam victus ad trecentas libras Turonenses, pro anno, et sic injuxit curia baillivo, quando venit ad curiam. (Ed. BEUGNOT, t. III, p. 31-XXXIX.)

(3) « se... la justice voit que ce n'est pas *es coupes* de la fame et qu'ele se veut maintenir comme preudefame, prendre doit des biens au mari tant qu'ele soit pourveue soufisaument selonc son éstat ». BEAUM., *op. cit.*, n° 1627.)

(4) « ... a sainte Eglise apartient la connoissance du mautalent... Mes nepourquant aucune fois sont les fames venues à nous pour requerre que l'en leur delivre de leur biens communs pour leur vivre... et pour ce que *teles plaintes vienent toute jour en court laie*, nous traiterons en cest chapitre que l'en doit fere selonc nostre coustume de teles requestes. » (BEAUM., *op. cit.*, n° 1626.)

noncer des séparations (1). Néanmoins l'institution matrimoniale leur avait échappé déjà sur le terrain pénal (2). Le prétexte, qui fut mis en avant par les juristes séculiers, consistait à accuser les clercs de punir les délits d'adultère uniquement pour en tirer profit par des amendes, et d'exercer dans ce but des poursuites

(1) En 1304 le Parlement de Paris atteste implicitement son incompétence par l'arrêt suivant : « Cum inter Johannam de Sancto Martino, ex una parte, et Petrum Insularium, ejus maritum, ex altera, per curia ecclesie divorcii sentencia lata fuisset... » (suit une réclamation pécuniaire). (*Olim*, éd. Beugnot, t. III, p. 152-xxix) ; — de même le 30 mars 1333 : « ex certa causa per officialem parisiensem divortium inter ipsos fuerat celebratum ». (Arch. Nat., X 1 *a* 6, f° 305.) ; — et encore le 14 avril 1389 : « dicta Guillemeta post separacionem inter ipsam et dictum Johanem Haymonis per officialem parisiensem quoad eorum bona judicialiter facta ». (Arch. Nat., X 1 *a*, f° 50-51, cf. X 1 *a* 49, f° 245 v°, 12 mai 1402. F. Aubert, *Le Parlement de Paris de Philippe-le-Bel à Charles VII*, 1314-1422 ; *sa compétence et ses attributions*, Paris, 1890.)

La jurisprudence du Châtelet était conforme à celle du Parlement : 19 juin 1402 : « Pour ce que, par procès fait en la court de l'Eglise, nous est apparu Maciot d'Arrablay, d'une part, et Jacqueline... estre en procès en cas de divorce et de séparacion, nous, a la requeste de ladite Jaquelot, disant qu'elle a certaines actions à intenter contre ledit son mary pour raison de son propre héritage... » Arch. Nat., Y 5224, f° 75 v° (O. Martin, *op. cit.*, n° 148. *NRH* 1914, p. 474) ;

cf. les *Lettres patentes données par Philippe le Bon en* 1477 : Philippe par la grace de Dieu, Duc de Bourgoigne, de Lothier, de Brabant et de Lembourg, Comte de Flandres, Artois, de Bourgoigne, Palatin, de Haynaut, de Hollande, de Zélande et de Namur, marquis du Saint Empire, Seigneur de Frise, de Salins et de Malines. A nostre très cher et féal cousin Capitaine Général et Grand-Bailly de Haynaut.., salut et dilection. Comme les Gens des trois Estats nous ayent humblement supplié que pour l'entretenement de nostre hauteur et seigneurie, et le bien public des sujets de nostre Pays de Haynaut, nous ne voulussions souffrir comme fait n'a esté par nos prédecesseurs, Comtes et Seigneurs d'icelui nostre Pays de Haynaut, que les Clercqs, Prestres, ne autres au nom de la Justice Spirituelle, puissent faire citer et bailler quelque empeschement a personne quelconque demeurante en nostredit pays de Haynaut ès Eveschés et Diocèses de Cambray, Liège et Arras, en icelui nostre Pays, pour quelque cause, couleur ou occasion que ce soit, sinon pour chose touchant la Foi et le Sacrement de mariage, au regard de la perfection et consommation ou divorce et *separation* de mariage, attendu que d'oblation, de dismes, de testamens, aussi de promesses de mariage réelles et personnelles et de debtes, nostre Cour de Mons, a eu de tout tems la connoissance comme Cour sans rappel... Donné en nostre ville de Mons, le second jour de Febvrier l'an de grace 1477 (Raparlier, t. II, *Placards, édits et ordonnances concernant les Chartes générales du Haynaut.* Douai, 1771, p. 205 s.).

(2) Il est possible, également, qu'avant le milieu du xv^e^ siècle les justices laïques se soient emparées de l'institution matrimoniale sur le terrain possessoire. Déjà entre 1330 et 1350 le Parlement était arrivé à connaître des affaires bénéficiales, qui relevaient des Cours d'Eglise sur le fond, par le détour du possessoire (O. Martin. *L'Assemblée de Vin-*

vexatoires. Cet argument fut développé notamment par Pierre de Cuignières devant l'assemblée de Vincennes en 1329 (1).

Déjà en 1258 on avait vu le juge laïc prononcer une amende pour ce fait, et l'inscrire en 1264 sur la liste des cas royaux (2). Toutefois le Parlement n'appliqua pas immédiatement cette jurisprudence d'une manière rigoureuse (3), et les Officiaux main-

cennes de 1329 *et ses conséquences*, *loc. cit.*, p. 233) ; et dans la seconde moitié du XIVe siècle on remarque l'extension de l'idée de saisine à toutes les matières spirituelles (*eod. loc.*, pp. 323-324). Cette conception reposait sur l'idée que les questions de possession sont des questions de pur fait, rentrant par suite dans les attributions de la juridiction temporelle. Or nous savons que le Droit canonique avait sanctionné l'obligation au devoir conjugal par une action possessoire : l' « actio spoliatorum ».

Toutefois, aucun document ne nous permet d'affirmer cette emprise pour l'époque envisagée. Tout ce que nous pouvons affirmer c'est que le juge laïc a connu des actions possessoires entre époux, avant d'avoir la compétence des causes de séparation. Ainsi FEVRET affirme encore que le juge d'Eglise est seul compétent pour la séparation a thoro, mais écrit d'autre part : « le mari, duquel la femme s'est retirée, peut agir en réintégrande, afin qu'elle soit rétablie en sa maison et puissance, et s'il en falloit croire les canonistes, cette cause possessoriale, comme ayant quelque mélange de spiritualité, devroit être traitée en Cour ecclésiastique... Mais cela n'est pas requis ni toléré en France, car soit que le mari agisse exhibendum, soit en réintégrande, ut ipsi uxor restituatur, le juge laïc est seul compétant pour connoitre de ces actions réelles ou possessoriales (*Traité de l'Abus*, éd. Lyon, 1736, 2 vol. fo, t. I, liv. I, ch. 5, no 22).

On peut citer un arrêt du Parlement de Grenoble ayant décidé le 4 septembre 1662 que, pendant une instance en dissolution de mariage pour cause d'impuissance du mari, intentée devant l'official, le mari peut agir en rèintégrande de sa femme devant le juge laïc ; également un arrêt du Parlement de Provence du 24 novembre 1667 (BONIFACE, *Arrest notables de la Cour de Parlement de Provence*, et *Suite...* (5 vol. fo, Paris, 1670-1689), t. I, liv. V, tit. VI, ch. 2 et 3).

(1) O. MARTIN, *L'Assemblée de Vincennes...*, p. 165.

(2) F. AUBERT, *op. cit.*, p. 147.

(3) On rencontre aux *Olim* un arrêt de 1272 qui ordonne au bailli de Mâcon de restituer au prieur de Charlieu la justice des adultères dans cette ville, justice qu'il avait saisie à la requête des habitants qui s'étaient plaints, comme d'une chose nouvelle, que le prieur eût fait courir et fouetter par la ville un homme et une femme pris en flagrant délit (BEUGNOT, t. I, p. 909-LXX).

Un siècle plus tard, le 23 décembre 1381, l'archidiacre de Paris ayant cité Guillaume de Avenis, diffamé d'adultère, celui-ci se présenta avec des complices qui frappèrent les officiers de l'archidiacre ; ce dernier ayant intenté devant le Parlement une action en réparation, obtint gain de cause malgré que la défense eut fait valoir que, de notorité publique, le juge d'Eglise citait des honnêtes gens pour leur extorquer de l'argent (ARCH. NAT., X 1 *a* 31, fo 97 vo). Par contre en 1392 le Parlement obligea l'archidiacre à restituer la somme payée à la suite d'une condamnation, et le frappa lui-même d'une amende et de dommages-intérêts (O. MARTIN, l'*Assemblée de Vincennes...*, p. 334).

tinrent longtemps leurs prérogatives. C'est pourquoi le 5 mars 1389, Charles VI devait rendre une ordonnance pour rappeler à l'évêque d'Amiens que ces causes relevaient des justices séculières, et remettre en vigueur un texte précédent par lequel, en 1336, Philippe IV lui avait déjà fait défense de juger les délits de cette sorte (1).

Le XIVe siècle finissant voit donc s'élever le conflit que le pouvoir civil entretiendra dès lors, dans un esprit systématique et sans répit, contre l'Eglise exerçant la justice. Désormais, en effet, « la lutte contre la juridiction ecclésiastique est devenue une œuvre collective menée par les officiers royaux, sous le contrôle et la direction du Parlement, en complet accord de vue avec le conseil du Roi..., une tradition s'établit, et quelles que soient les circonstances extérieures ou intérieures, les cours de justice en suivent rigoureusement l'application dans le détail des faits » (2).

(1) A. THIERRY, *Recueil des monuments inédits de l'Histoire du Tiers-Etat*, t. I, p. 462 (CLXXVIII) et p. 784 (CCXCVI). Le texte de 1336 publié dans les *Ordonnances des Rois de France*, t. II (f° — 1729), p. 117, contient une grave faute de lecture qui en dénature complètement la portée : *Letres par lesquelles le Roy ordonne que l'Evesque d'Amiens sera contraint, par saisie de son temporel, de ne plus lever des amendes sur les nouveaux mariés, qui habiteront avec leurs épouses* (sic).

Pour sa part le Duc Philippe le Bon, dans son *Concordat de* 1449 conclu avec l'évêque de Cambrai ensuite des protestations de ce dernier contre les lettres patentes de 1447 (griefvement soi doeillant et complaindant pour et à l'occasion desdits octrois et publications), laissait encore au juge d'Eglise la faculté de poursuivre dans certains cas les délinquants, mais réservait exclusivement aux officiers de la justice temporelle le droit de percevoir les amendes : « Item, au regard des adultères, en tant que touche les femmes, la Cour Spirituelle n'en fera poursuite aucune contre elles, si ce n'est qu'elles soient séparées par l'Eglise ou autrement de leurs maris et publiquement se mefaisantes, et quant aux hommes pareillement et aussi se eux en leurs maisons avec leurs femmes, ou ailleurs en tenoient notoirement et en apparut, dont il fut esclandre : ce entendu toutefois que les Officiers de la justice temporelle demeureroient entiers à prendre, exiger et lever pour lesdits cas, telles loise et amendes qu'ils ont accoustumez... Donné en nostre ville de Bruges, le 29 jour du mois de septembre, l'an de grace 1449 .»

Cette disposition fut intégralement reproduite dans le *Concordat de* 1541 (RAPARLIER, *op. cit.*, pp. 208 et 214).

(2) O. MARTIN, *op. cit.*, p. 253... *Les conflits de juridiction dans la seconde moitié du XIVe siècle.*

§ 2. — Les justices royales s'attribuent la connaissance exclusive des causes de séparation au moyen de l' « appel comme d'abus ».

Sur le terrain civil les prétentions émises par le pouvoir séculier ne furent jamais l'objet d'une disposition officielle publiée dans une ordonnance ; aucun changement de compétence ne fut réalisé par le jeu de la volonté royale ; c'est par étapes, et par l'emploi persévérant de simples moyens de procédure, que la dépossession des cours d'Eglise fut accomplie. Nous essaierons néanmoins de déterminer la date à laquelle cette transformation se trouva achevée.

Nous savons que la séparation conjugale était régie par des règles distinctes, selon qu'il s'agissait du « divortium quoad thorum », ou bien du « divortium quoad bona et mutuam servitutem ». C'est sur cette seconde forme, purement prétorienne, que la mainmise laïque fut d'abord opérée. L'idée dont se servirent les jurisconsultes fut que, le juge d'Eglise devant seulement connaître du lien spirituel, le juge royal demeurait compétent pour résoudre les difficultés temporelles qui pouvaient s'ensuivre. Ce principe se trouva nettement dégagé, dès avant 1389 (1),

(1) Sur l'état du droit antérieur et les premières tendances qui visaient à retirer au juge d'Eglise la connaissance des questions temporelles, v. par ex. Marnier, *Etablissements et Coutumes, Assises et Arrêts de l'Echiquier de Normandie au XIII^e siècle*, 1207 à 1245 (Paris, 1839), p. 8. *Du douaire* : « por ce que en la cort de sainte yglise a trop grant delai as weves fames a avoir leur doères ou lor mariages, par les apiaus qui sont fet de l'arcediacre à l'evesque, de l'evesqes à l'arcevesque, et de l'arcevesque à l'apostoile, il a été establi *par l'octroi de sainte iglise* qe cez choses soient terminées en la cort laie, se qe cil qui en la cort laie sont convaincu en leur malice, sont tenu a faire satifacion en la cort de l'yglise par paine de deniers ou par penitence de cors : et si doit l'en savoir que se l'em plede de doère, ou de mariage, cil contre qui l'em plede ne puet contremander [remettre l'ajournement sans affirmation] que une foiz. »

p. 64, *De Mariage* : « Quant aucune chose est douée à homme de par sa femme que l'en apelle communément mariage, se plez en nest, la cort de sainte yglise juge del mueble, et la cort le roi de la terre... »

Pendant la durée d'un procès en « divorce » le juge laïc était compétent pour accorder des aliments à l'épouse, ainsi fut jugé par l'Echiquier de 1225 (Marnier, *op. cit.*, p. 149 ; Delisle, *Jugements de l'Echiquier de Normandie au XIII^e siècle*, n° 382, dans *Notices et Extraits des Mss.*, t. XX, 2^e p. 1862, p. 238 s.).

Beaum., *op. cit.*, n° 313 : « ... li secons cas du quel la juridicions apar-

dans l'œuvre de Jacques d'Ableige (1). Or la séparation d'habitation créée par l'Official pouvait intervenir, en l'absence d'une séparation de biens principale non encore constituée (2), pour résoudre des difficultés purement pécuniaires. Le juge civil allait trouver là l'occasion d'appliquer la règle du « Grand Coutumier ».

Peut-être, faut-il attribuer au Chatelet de Paris l'initiative de cette jurisprudence, car une sentence prononcée le 7 août 1430, laisse entendre qu'une telle mesure fut décidée par cette juridiction (3) ; d'autre part, une coutume prouvée par turbe vers 1480 semble attester qu'elle avait connaissance de cette institution (4). Néanmoins on ne peut pas avancer avec certitude que la réforme était définitivement opérée avant 1536, car, tandis que les éditions du Grand Coutumier postérieures à cette date disposent « hodie fit separatio bonorum par judicem

tient a sainte Eglise, c'est de mariage. » Il laisse cependant prévoir la rivalité prochaine, nº 311 : « Bonne chose et pourfitable seroit selonc Dieu et selonc le siècle que cil qui gardent la justice espirituel se mellassent de ce qui apartient à esperitualité tant seulement, et lessassent justicier et exploitier à la laie justice les cas qui apartienent à la temporalité... »

(1) *Le Grand Coutumier de France* (ed. Laboulaye et Darest, 1868), liv. IV, ch. VII, *De clerc mariés*, p. 630 : Se ung homme et sa femme sont cités devant l'official en cas de divorce ou division, et l'un d'eulx se doubte que l'autre ne vuide vende ou muce aucuns de ses biens, il peut venir à la justice laye et aporter la citation faicte audit cas de division, et requèrir que jusques à ce que droit et justice les ait départis, que leurs biens soient arrestés ; et ainsi le fera la justice. Et quant ils auront eu jugement, ja soit ce que le jugement soit fait par l'official et qu'il semble qu'il doie exécuter sondit jugement luy mesme, toutesfois ne fera il mie l'inventoire, ne le partaige, mais le fera ung examinateur...

Et pour ce qu'il a esté aucunes fois debat à la chancellerie, présent le conseil du roy et de l'evesque, il fut délibéré et conclud que, après la séparation faicte, la justice laye fera le partage et division, sans y estre aucun pour l'official. Car l'official ne pourroit congnoistre des héritages qui sont à partir entre eulx, mesmement que aucunesfois iceulx héritaiges sont indivisibles et fault mectre les meubles contre tels héritaiges.

(2) G. Viltard, *op. cit.*, p. 87. Ni la doctrine, ni la jurisprudence coutumières n'admettent en principe la séparation de biens judiciaire avant le XVIe siècle.

(3) Arch. Nat., Y 5230, fº 30 vº (O. Martin, *op. cit.*, 150 *NRH* 1914, p. 474 s.).

(4) Bibl. Nat., *mss. fr.*, 18110, fº 75 (O. Martin, *Glanes de droit coutumier parisien*, nº 15, dans *Trav. jurid. et écon. de l'Univ. de Rennes*, t. VI, p. 261 s., 1914-1915) : Quânt deux conjoints par mariage sont séparez, *quant aux biens, jure thori reservato* ; la sentence donnée les parties présentes en jugement, le juge leur fait faire serment de faire bon et loyal partaige... Prouvée par... (suivent les noms des témoins).

laicum et non per judicem ecclesiae », les éditions antérieures au contraire ne renferment pas cette affirmation (1).

De 1480 à 1536 environ, à Paris, l'Official vit donc progressivement restreindre son domaine aux séparations pour cause d'adultère, et Du Moulin, vers le milieu du XVI^e siècle, délimitait dans la formule suivante le chemin déjà parcouru : « Nisi ubi agitur ad thori separationem tantum, judex saecularis *solus* competens est, sive de separatione bonorum, sive de dote vel poena agatur » (2).

Avant de suivre la seconde étape où le juge séculier achèvera sa conquête, il nous faut établir que la « separatio bonorum » visée par Du Moulin correspondait à la séparation d'habitation de l'époque antérieure, et comportait encore la suspension de la vie commune.

L'expression employée par la turbe de 1480 est visiblement empruntée à la pratique de l'Official : « separation quant aux biens jure thori reservato » ; les effets devaient être les mêmes, car aucune particularité n'est signalée par les témoins. Du Moulin est également bref. D'Argentré au contraire, l'adversaire illustre du grand jurisconsulte parisien, montrant clairement que dans cette hypothèse la communauté de vie est dissoute, ouvre à la femme son droit au douaire, ou lui accorde une part

(1) Liv. II, ch. XXXII, *De Douaire*, éd. 1514, 1515, 1516 et 1517 ; éd. 1536, 1537 et 1539 (Laboulaye et Dareste, p. 322).

(2) Du Moulin, *Annotationes in Consilia Philippi Decii*, CCXII, v° *saecularі* (*omnia quae extant opera*, 5 vol. f° 1681, t. III, p. 779).

D'Argentré, *Commentarii in Consuetudines Ducatus Britanniae* (1^e éd., f° Paris, 1628), art. 429, glose 6, v° *competant*.

Guy Coquille, *Annotations sur les Coutumes du Pays et Comté de Nivernois* (t. II, f° Bordeaux, 1703), ch. XXIV, *De douaire*, art. 6 *(par mauvais ménage)*. Si le mauvais ménage du mary est en tenant par luy une concubine, ou autrement paillardant, la femme qui est chaste peut requérir en Cour d'Eglise être séparée du lit de son mary... mais si le mauvais ménage du mary est au fait des biens... le remède est à la femme de requérir pardevant le juge lay d'être séparée de biens... Toutefois nonobstant ladite séparation, la femme doit honneur, service, et secours à son mary.

Charondas le Caron, *Pandectes ou Digestes du Droict François* (f° Paris, 1607-1610), liv. IV, règle XLII.

Jean Bacquet, *Traité des Droits de justice* (2 vol. f°, Lyon, 1744), t. I, ch. VII, n° 28 et XV, n° 63 : l'auteur cite des arrêts de 1555, 1556, 1557 et 1564 ayant interdit au juge d'Eglise de statuer super dote, ou sur des aliments ou encore sur des dommages-intérêts incidemment à une action quoad thorum.

des biens de son mari pour son entretien, lorsqu'elle se produit par sa faute ; mesure qui serait inutile si l'unité du foyer persistait (1). Charondas le Caron, de même, fait à ce sujet une distinction suivant la nature morale ou patrimoniale des griefs, paraissant annoncer une dissociation prochaine de l'institution (2). Guy Coquille, par contre, prévoit toujours la jouissance de son douaire par l'épouse, sans faire de différence entre les motifs (3).

Mais c'est à Jean Chenu que nous devons l'exposé le plus complet et le plus net en cette matière, où malgré tout régnait une certaine confusion due au caractère hétérogène de son contenu. « La séparation de biens d'entre le mary et la femme, expose-t-il, a esté introduicte en faveur des femmes, afin qu'elles ne demeurent sans dot et moyen de vivre... Et ce faict pour trois causes principalement : la première pour cause de sevitie, dont est parlé au chap. *Literas* et au chap. *transmissa de restitut. spoliat. extr.* (4), quand le mary ne traicte sa femme maritalement comme sa compagne telle qu'elle luy est donnée... Quand le mary est idiot, hébété et despourveu d'entendement et de sens naturel, prodigue et mauvais mesnager, qu'il dissipe et prodiga-

(1) D'Argentré, *op. cit.*, art. 433, glose I, n° 3 : « Cum separatio bonorum fit ex culpa mariti, ex quo accidit ut maritus desinat uxorem alere, tunc aut doarium solvendum et representandum est, aut mulier de bonis viri alenda. »

(2) *Réponses et Décisions du Droict François* (f° Paris, 1612), liv. XI, réponse LXXXVII : Les femmes pour n'estre de tous leurs biens ruinées avec leurs maris, se font souvent séparer de biens... si la séparation n'est faicte que pour la calamité et pauvreté, en laquelle seroit tombé le mary par un mauvais mesnage ou autre occasion sans avoir offensé sa femme, ny usé de sévices contre sa personne, elle aura son dot et conventions matrimoniales tenant lieu d'iceluy. Mais quant au douaire,... elle ne peut le demander du vivant de son mary... Mais si la séparation estoit faicte pour les sévices, mauvais et indignes traittements du mary envers sa femme, y auroit apparence de la separer de tous biens d'avec luy... et par ce moyen luy adjuger et son dot et conventions matrimoniales et le douaire.

(3) *Op. cit.*, ch. XXIV, *De Douaire*, art. 6 *(par mauvais ménage)* : Cet article au cas de mauvais ménage des biens, permet à la femme de demander provision de son douaire. Aucuns ont douté si elle en devoit jouir incontinent, ou seulement en avoir seureté pour en jouir après le décez de son mary. Mais je crois qu'elle en doit jouir incontinent après qu'elle a fait sa preuve, parce que ce mot de Provision, dont use la Coutume, sonne en allimens : ... Ainsi cette provision semble être ajoutée pour exception et limitation de ce qui est dû auparavant que le douaire échet par la mort du mary.

(4) v. *supra*, p. 77.

lise les biens de luy et de sa femme... Comme aussi si le mary est absent de longue absence. » On voit immédiatement que cette mesure, encore indifférenciée dans son appellation, jouait à la fois le rôle de notre séparation de biens moderne, et de notre séparation de corps, le grief d'adultère étant mis à part. Quelles conséquences entraînait-elle ? Chenu, ainsi que D'Argentré et Charondas, distingue suivant les motifs, mais de leur opposition il ne déduit pas les mêmes conclusions. La séparation aura-t-elle lieu pour « sevitie » ou absence ; l'épouse aura droit d' « eslire la communauté ou y renoncer, et avoir restitution et délivrance de ses conventions matrimoniales ». Aura-t-elle lieu pour faiblesse d'esprit ou dissipation ; elle ne pourra demander que ce qu'elle aura « porté en dot de mariage ; autrement si elle demandoit la communauté, cela démonstreroit du contraire posé par (elle), à sçavoir que le mary ne seroit mauvais mesnager ». Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, il lui sera adjugé « pas simplement la restitution de son dot et propres héritages, mais aussi son douaire. Et ce, précise l'auteur, plutost par forme d'alimens et provisions de vivre, que par droict de douaire » (1). N'est-ce pas là la preuve qu'il s'agissait encore de la séparation d'habitation de l'époque antérieure ?

La Coutume d'Orléans, réformée en 1583, confirme formellement cette manière de voir. Elle prévoit, en effet, dans ces termes les conséquences d'une réconciliation des époux (art. 199) : « Si après la *séparation de biens* d'entre homme et femme conjoints par mariage, lesdits conjoints se rassemblent et mettent leurs biens ensemble, cessera l'effet de ladite séparation. » (2) Aucune contestation ne saurait être élevée sur la portée de ce texte, car son interprétation ne donna lieu dans la pratique qu'à une controverse relative à la publicité de cette réunion. De la Lande convient bien que si l'on s'en tenait au seul contenu de cette disposition « l'habitation et le mélange des biens... suffiroient pour rétablir la communauté », mais que le Parlement de

(1) Jean Chenu, *Cent Notables et singulières questions de droict, décidées par arrests mémorables des Cours souveraines de France* (4e éd. Paris, 1611, à la suite du *Recueil de Règlemens Notables*). Question XLII.

(2) Disposent dans les mêmes termes l'art. 145 de la Cout. d'Anjou et l'art. 160 de la Cout. du Maine. — V. également Ricard sur l'art. 220 de la Cout. de Paris.

Paris l'a entendu de cette manière, que « se rassembler... c'est se remettre solennellement ensemble » (1). « Ce n'est donc pas assez que les conjoints reviennent au même logis », il faut, en outre qu'ils déclarent au greffe, ou par devant notaire, qu'ils renouvellent leur communauté (2).

C'était donc bien le « divortium quoad mutuam servitutem » qui était passé dans le Droit coutumier sous le nom de séparation de biens. La jurisprudence peut en témoigner à son tour.

Des arrêts de 1561, 1562, 1567 « en robbe rouge », 1574, 1576 et 1577 établirent, en effet, la règle que l'épouse avait droit à son douaire, lorsqu'était prononcée entre elle et son conjoint une « separatio bonorum », « tout ainsi que si son mary estoit mort » (3). En 1580 le Parlement de Paris ajouta le mal vénérien aux causes déjà reçues, mais il limita la durée de l'éloignement à cinq ans (4). Le 20 mai 1593, confirmant une sentence du Prévôt de Paris, il accordait encore à une demoiselle Favereau, qu'il séparait de biens d'avec son époux, une pensoin viagère de 400 livres « pour ses nourriture et entretenement », la vie durant dudit mari au lieu de son douaire (5). Enfin en 1599, il

(1) Arrêt du 30 mai 1623 qui a jugé que le tacite consentement résultant de la demeure et habitation, par quelque temps que ce soit, n'est pas suffisant pour rompre et annuler la séparation, s'il n'y a pas acte par écrit, exprès, précis et formel (Louet, *Recueil de Plusieurs Arrets notables du Parlement de Paris*, éd. augmentée par Brodeau et annotée par Guy de Rousseaud de la Combe, 2 vol. f° 1742, t. II, p. 704).

Déjà un précédent arrêt du 12 février 1621 avait exclu les enfants d'une seconde femme, séparée de biens, du partage par eux requis de la communauté, nonobstant que depuis la séparation la femme eût toujours demeuré avec son mari (*eod. loc.*).

(2) D'après Basnage, *Œuvres contenant ses commentaires sur la Coutume de Normandie* (4e éd., 2 vol. f° Rouen, 1778), sur l'art. 391, t. II, p. 96.

Labbé sur la Cout. de Berry, tit. 2, art. 48, pense de même que la demeure et l'habitation suffisent à faire cesser la séparation de biens.

Charondas le Caron, *Pandectes...* Liv. II, ch. 5. Des dépendances de mariage, p. 58 : Et mesmes quand l'homme et la femme estans séparez de biens auroient faict separement des acquests, et depuis estans reconciliez auroient vescu ensemble jusques au décez de l'un d'eux lesdits acquests entreront en communauté, *iuxta* l. 19 D. *solut. matrimo.*, l. 3 D. *de divort.*, jugé par arrest du 10 février 1601.

(3) Chenu, *op. et loc. cit.* (justifications tirées du D. R. concernant la donation propter nuptias, « qui ressent le douaire »), et additions du même à Papon, *Recueil d'arrests Notables des Cours souveraines de France* (4e éd. 1621), sous liv. XV, tit. 4).

(4) Papon, *op. cit.*, liv. V, tit. I, n° 11.

(5) Chenu, *op. cit.*, quest. XLVI ; adde quest. XLVII, arrêts des

accueillait une semblable demande, mais fondée sur la démence du défendeur, et restituait à la requérante, outre sa dot, une somme pour son préciput « sans que jamais elle soit tenue de retourner avec lui. » (1).

De même que l'Official rappelait aux époux séparés qu'ils se devaient encore le devoir conjugal, ou, par la suite,leur octroyait d'abord un délai d'épreuve ; on voit le Parlement après arrêt rendu le 1er mars 1664, séparant la marquise d'Effiat de son mari et lui accordant mi-douaire et sa dot, décider, dans un deuxième arrêt en date du 29 août, que la marquise retirée chez sa mère serait tenue de recevoir les visites de son mari (2). Mais au bout de deux ans, l'inimitié n'ayant point disparu, la Cour prononçait en mars 1676 une séparation définitive de « biens et d'habitation » (3).

Néanmoins on était en pleine période de transition, cette institution hybride allait enfin se transformer, par le partage des espèces qu'elle englobait dans un système unique, en une séparation prononcée seulement pour des causes pécuniaires, gardant le nom de séparation de biens, et n'entraînant plus la rupture de la vie conjugale (4) ; tandis que les demandes motivées

20 janvier 1598 et 28 mars 1599 accordant une pension égale à la moitié du douaire.

(1) 7 septembre 1599, dans Bouchel. *Bibliothèque...*, t. 3 v° *séparation*, p. 453.

(2) cf. Guy Coquille, *Institutions au droit des François* (ed. cit., t. 2). *Des droits des mariez* : En la France Coutumière... est pratiquée la séparation de biens entre mari et femme, qui se traite par devant le Juge laïc... Ez lieux où j'ay pratiqué, j'ay donné avis d'ajouter aux sentences de séparation, que nonobstant icelle la femme soit tenue au séance et traitement de son mari, et de secourir de ses biens son mari et les enfans de leur mariage.

(3) *Journal des Principales audiences du Parlement*, éd. par du Fresne et autres, 7 vol. f°, t. II (1733), livre III, ch. XVIII.

(4) Renusson, *Traité de la Communauté* (1692), 1re p., ch. 9, n° 3, expose de la façon la plus nette la théorie de la séparation de biens, telle que nous la concevons aujourd'hui, et la rattache directement au D. R., sans aucune référence au Droit canonique.

Cependant, il est certain qu'entre l'époque où la séparation de biens emportait toujours séparation d'habitation et la date où elle n'eut plus jamais cet effet, a existé une période intermédiaire où la vie séparée, qui n'était plus de droit, devint facultative. C'est ce qui résulte en particulier d'une conférence qui réunit plusieurs jurisconsultes le 7 juillet 1733 : « Pour ce qui est de la *simple séparation de biens*, il fut arrêté tout de même, suivant l'avis de Le Brun, que si les conjoints, après l'exécution de la sentence, avaient eu une demeure séparée, et qu'ensuite

par des dissentiments moraux, ou des sévices, allaient rejoindre pour se fondre avec elle la séparation de corps qui venait à son tour d'être appropriée par les juges laïcs (1).

Le souvenir de la confusion primitive persista toutefois longtemps dans les mœurs. Le Parlement décida, semble-t-il, pour la première fois en 1752 et en 1753, que la femme séparée de biens restait soumise à l'obligation de cohabiter, et que par conséquent le mari avait la faculté de la faire enfermer dans un couvent si elle tentait de s'y soustraire (2). Le maintien de la vie commune ne justifiait plus désormais l'attribution du douaire ou du midouaire ; aussi, vers la même époque, les Cours cessèrent-elles de l'accorder dans cette hypothèse (3).

ils demeurassent ensemble avec mélange et confusion de leurs biens, c'en étoit assez pour opérer de plein droit entre eux le rétablissement de la communauté. Mais que s'ils avaient toujours eu une demeure commune, il falloit alors un acte public portant dérogation à la sentence de séparation. » VALIN, *Nouveau commentaire sur la Coutume de La Rochelle* (3 vol., 1761), t. 2, p. 698, *De la Communauté*, art. 48, § 1, n° 43.

(1) F. PERRIER, *Arrests notables du Parlement de Dijon avec des observations sur chaque question*, par G. RAVIOT (2 vol. f° Dijon, 1735), t. 2, quest. CCXXX, n° 8 : Anne Amyot femme du nommé Grandjean, demeurant à Dijon, se pourvut en séparation de corps et de biens, pour cause de mauvais traitemens qui étaient prouvez : apel comme d'abus par le mari qui soutenoit que le Juge Royal n'avoit pu prendre connoissance de la séparation quoad thorum, qu'elle apartenoit au juge d'Eglise... la femme répondoit... que la séparation d'habitation pour fait de sévices n'étoit pas une séparation de corps et ne touchoit point au sacrement, que cette séparation étant jointe à la séparation des biens, le Juge Royal avoit pu prononcer sur l'une et sur l'autre... Arrêt du 25 juin 1663 qui met sur l'appellation comme d'abus les parties hors de Cour.

(2) DENISART, *Collection de Décisions nouvelles* (7e éd., t. 4, 1771), v° *Séparation*, n° 3, p. 493. L'auteur signale dans le même sens un arrêt du Parlement de Rennes du 1er juillet 1733.

(3) LE BRUN fait remonter le changement de coutume à une date peut-être trop ancienne : On pensait autrefois que la séparation avoit le même effet que la mort, et qu'elle donnait ouverture au douaire et au préciput en faveur de la femme... Néanmoins cette jurisprudence est totalement changée, et l'on ne trouve pas que depuis l'arrêt du 23 mars 1660... on se soit départi de la règle, que la mort seule du mari donne ouverture au Douaire. — *Traité de la Communauté* (ed. f° 1754), liv. III, ch. I, n° 40.

RENUSSON, *op. cit.* (1692), 1re p., ch. IX, n° 21 : « Depuis quelques années l'usage commence à s'introduire au Chastelet de Paris de ne plus adjuger à la femme séparée de biens, ni demy-douaire, ni pension du vivant du mary, *quand elle a une dot suffisante et de quoy vivre* suivant sa qualité, et cela n'est pas sans raison... il est important dans le public de ne pas donner de trop grands avantages sur leurs maris », n° 23, l'auteur rapporte un arrêt du 18 juillet 1656 « pour le Lionnois qui est Païs

* * *

Le « divortium quoad thorum », qui puisait dans l'Evangile le principe de son existence, et dans les décrétales des Papes les règles de son organisation, semblait pouvoir imposer aux légistes le respect de son caractère religieux (1). Depuis longtemps déjà le juge laïc avait dépouillé l'Official de l'institution créée par sa jurisprudence, que Du Moulin, D'Argentré, Guy Coquille et d'autres enseignaient encore formellement la possession de l'Eglise sur la séparation de corps. Mais ce n'était plus qu'une possession précaire, car les cours séculières allaient manifester leur volonté d'étendre jusque là leur domaine.

Elles imaginèrent tout d'abord de concurrencer cette institution, en remettant en vigueur le droit des Novelles (2), par l'intermédiaire de l'Authentique *Sed hodie* (3), qui punissait les

de Droit écrit » qui a décidé que l'augment de dot était dû à la femme séparée.

Brodeau sur Louet, t. I, p. 520, som. 36 : La femme bien que séparée de biens d'avec son mari, ne peut du vivant d'iceluy prétendre douaire, mais seulement une provision et pension... et cela se pratique journellement, y ayant toujours espérance que les parties se réconcilieront... cette pension et provision que l'on adjuge à la femme séparée de biens, lui tient lieu de douaire... — *Nouvelles remarques* par Guy de Rousseaud de La Combe, dans l'éd. de 1742 : la jurisprudence des arrêts rapportés par Brodeau a changé ; l'usage est constant qu'en cas de séparation, la femme ne peut prétendre ni douaire ni pension ; il faut excepter les coutumes qui en portent une disposition expresse.

Denisart, *loc. cit.*, n° 67 : En Normandie, le douaire s'ouvre par la séparation, soit de corps soit de biens. Sentence du Châtelet du 18 mai 1741, confirmée par arrêt rendu le 31 août 1743.

Guyot, *Répertoire* (éd. 1785), t. 16, v° *Sép. de biens*, p. 222 : Anciennement le Parlement de Paris ne faisoit point de difficulté d'adjuger à la femme séparée le même douaire qu'à la femme veuve... (Arrêts des 18 et 19 déc. 1576 et 1577). Dans la suite cette Cour réduisit la femme séparée à un demi-douaire. Le premier arrêt qui ait adopté ce tempérament est du 20 mars 1593... et l'on en a usé ainsi jusqu'à l'arrêt cité du 27 mars 1684, qui a rétabli sur ce point les vrais principes dans toute leur vigueur.

(1) *Coutume d'Anjou de* 1508, art. 314 : Si la femme mariée, de sa propre volonté, par fornication, laisse et abandonne son mari, ou par *jugement d'Eglise*, par sa faute et coulpe, est séparée d'avec son mari, et ne se soit depuis réconciliée à luy, elle perd son douaire.

(2) Novelle, CXXXIV, ch. 10.

(3) Authent. sur C. IX, 9, *ad legem Juliam de adulteriis et stupro* xxx. — Sed hodie adultera verberata in monasterium mittatur : quam intra biennum viro recipere licet. Bienno transacto, vel viro priusquam redu-

épouses adultères de réclusion dans un monastère et les privait de leurs gains nuptiaux. Cette mesure, en effet, rendait inutile tout recours ultérieur à l'Official, puisque ses conséquences étaient plus énergiques que celles de la sentence qu'il pouvait rendre. Or, dès 1522 cette réforme était accomplie (1). Néanmoins elle ne constituait encore qu'un détour dont l'efficacité était limitée, puisque les femmes n'étaient pas admises à poursuivre par la même voie leur mari infidèle, afin de le faire enfermer. Aussi la jurisprudence laïque ne devait-elle pas arrêter là ses efforts, mais viser à disposer du « divortium quoad thorum » lui-même.

Le Parlement de Paris dut lutter pendant plus de cent ans, de 1558 à 1663, pour réaliser complètement cette nouvelle expropriation. Le procédé qui lui permit de triompher fut l' « appel comme d'abus » (2).

Il limita d'abord son action à l'exercice d'une simple concurrence contre l'Official. Si Charondas cite en 1558 un appel comme d'abus (3), il semble bien qu'il n'avait pas pour but de faire dire

ceret ream, mortuo, adultera tonsa monastico habitu suscepto, ibi dum vivit, permaneat duabus partibus propriae substantiae liberis si habet applicandis : tertia monasterio. Sed si liberos non habet, parentibus extantibus, hujusmodi iniquitati non consentientibus, tertia pars applicabitur : duae monasterio ; quibus prœdictis non extantibus, omnis ejus subtantiae monasterio quaeretur, pactis dotalium instrumentorum in omni quasu viro servandis.

(1) P. Rebuffe, *Commentaria in constitutiones seu ordinationes regias* (f° Lyon, 1599), *Tractatus de Sententiis praejudicialibus seu provisionalibus*, art. III, glossa I, n° 16... : anno 1522, die 23 decembris fuit quaedam uxor adultera vocata Maria Quatrelivre a Senatu privata communitate, quam inter virum et uxorem habebat, et tradita religioni ibi fustiganda per tres dies Veneris, salvo suo marito ; ut si eam vellet reassumere, quod ei liberum esset.

(2) C'était une voie de droit qui pouvait être intentée par les particuliers ou par les Procureurs Généraux, et par laquelle on déférait au Parlement un acte de l'autorité ecclésiastique, comme contraire aux lois et aux coutumes du royaume ou aux canons reçus en France. Le Parlement... pour imposer à l'autorité ecclésiastique le respect de [sa] décision... pouvait prononcer contre l'ecclésiastique de qui l'acte émanait une amende arbitraire, et il pouvait saisir son temporel, c'est-à-dire les bénéfices dont il était pourvu, jusqu'à ce qu'il fut venu à l'obéissance... l'appel comme d'abus se forma progressivement au cours des XIV^e^ et XV^e^ siècles (Esmein, *Histoire du Droit*, 14^e^ éd., pp. 636-637).

(3) Charondas le Caron, *Notes sur la « Somme Rural »* de Jean Bouteiller (éd. 1603), p. 733. Arrêt du 17 mai 1558.

Le 24 avril 1532 le Parlement de Paris s'était encore déclaré incompétent en matière de séparation a thoro, et avait renvoyé au juge d'Eglise (Papon, *op. cit.*, liv. I, tit. IV, art. 2).

que la sentence antérieure était nulle pour cause d'incompétence, mais uniquement de la faire réformer sur le fond ; sur cet appel la Cour accordait, en effet, une séparation quant au « lict », « contre un mary gasté de vérolle », motif que l'Official, s'inspirant des textes relatifs à la lèpre, avait dû refuser d'assimiler à la fornication (1). Quelque temps après, le 14 juin 1591, une femme, faisant état de l'adultère commis par son mari, obtenait gain de cause devant la même juridiction, mais la décision était prononcée seulement quant aux biens (2).

Les choses devaient en rester là durant une longue période (3). Fevret dans son *Traité de l'Abus*, publié à Dijon en 1654, se demandant « devant quel juge se traitera l'action de séparation *a thoro et habitatione* », répondait encore : « on n'a jamais douté qu'elle ne fût de la connoissance du Juge d'Eglise » (4). Il ajoutait dans les éditions ultérieures : « le Parlement de Paris, au procès d'entre le sieur Mailly, et de la dame sa femme, se plaignant des extraordinaires sevities et rigueurs que son mari exerçoit envers elle, donna un premier arrêt le 10 février 1633, par lequel il fut dit qu'elle seroit séquestrée et mise en la maison, et près la personne de Madame de Longueville, sans que le mari eut autre liberté que de la pouvoir visiter ; et par autre arrêt définitif de juin 1633, la Cour ordonna la séparation entre eux

(1) cf. Farinaccius, *op. cit.*, t. 2 (ed. Lyon, 1633), XLIX, décision de la Rote du 20 juin 1605 : Separatio concubitus in morbo Gallico, non cohabitationis, cui accedunt restitutio dotis et alia. (Les Français disaient : mal de Naples.)

(2) Charondas le Caron. *Réponses...*, liv. IX, rép. XXXIII. Une femme d'honneur, de noble famille, honneste beauté, et sage aimable, mariée avec un homme esgal en biens et noblesse de maison, et non en mœurs et vertus, ennuyée de la fascheuse et impudique conversation de son mary, qui, en sa présence, en sa maison et dans son lict nuptial, entretenoit une paillarde... Par Arrest du 14 juin 1591 la Cour a ordonné qu'ils seront *séparez de biens.*

(3) Le Bret, rapporte une séparation « de biens, de lit et d'habitation » prononcée le 14 mars 1610 en la Tournelle, le mari étant coupable d'adultère (*Œuvres.* Paris, 1635). *Décisions de plusieurs notables questions traittées en l'audience du Parlement de Paris*, liv. I, déc. 7, p. 336.

(4) Liv. V, ch. IV, n° 18. Au n° 17, il expose que les causes qui donnent lieu à cette mesure « sont diverses, la fornication spirituelle en est une... les sevities et mauvais traitements du mary et les facheuses humeurs et habitudes de la femme donnent aussi lieu à cette séparation a thoro et habitatione ».

d'habitation et de biens, mais non pas *a thoro* ; car ç'eût été au Juge d'Eglise d'y pourvoir » (1).

C'est seulement dans la seconde moitié du XVII^e siècle, le 22 mai 1663, que sera définitivement proclamé à Paris le droit exclusif des justices royales de prononcer des séparations de corps (2).

Marguerite Chaudet s'était pourvue devant l'Official de Châlons pour être séparée de son mari Antoine Champion ; celui-ci, niant le bien fondé de l'action, demanda que sa femme fût tenue de revenir avec lui. L'Official, par une sentence du 10 décembre 1661, ayant appointé les parties à faire la preuve de leurs faits, Champion porta l'affaire en Parlement par la voie de l'appel comme d'abus. Binard, avocat de l'intimée, plaida que le juge ecclésiastique avait été compétemment saisi, et que par conséquent l'appelant n'était pas recevable dans sa prétention. Mais l'avocat général Bignon, saisissant l'occasion qui lui était offerte d'affirmer et de justifier les ambitions des juridictions séculiaires, soutint la thèse adverse et obtint un arrêt ainsi libellé : « La Cour... en tant que touche l'appel comme d'abus, dit qu'il a été mal, nullement et abusivement procédé et ordonné. » (3) Les

(1) FEVRET, *op. cit.* (éd. Lyon, 1736, 2 vol. f°), liv. V, ch. 4, n° 18, t. I, p. 529. L'auteur des *Nouvelles Remarques* publiées à la suite de cette édition, à une date où la compétence avait définitivement changé, feignant de croire traditionnel l'état nouveau du droit, sans doute pour le rendre plus respectable, reproche gratuitement à l'auteur du traité son assertion comme inexacte : « Il se fonde, dit-il, sur le droit des Décrétales et sur quelques anciens canons *mal entendus* » (t. II, p. 328) ; il feint également de ne plus comprendre la distinction entre séparation a thoro et séparation d'habitation, et conclut « c'est une dispute de mots » (*eod. loc.*). — Nous pensons avoir établi que jusqu'à l'époque où Févret écrivait, cette distinction correspondait à une réalité juridique ; réalité demeurée il est vrai inaperçue des auteurs modernes (v. notamment GAGÉ, *op. cit.*, p. 135, qui parle lui aussi de « distinction purement verbale »).

(2) Encore en 1652, J. AUBOUX, official de Cahors, dans son traité, *La Véritable pratique civille et criminelle des Cours ecclésiastiques et Officialités*, ne signalait pas la séparation de corps au nombre des empiètements, qu'il accusait les juges royaux de réaliser induement au moyen de l'appel comme d'abus (tit. VIII, ch. 3, § 9, cf., tit. V, ch. 3 et 4).

(3) *Journal des Audiences*, t. II (1733), liv. II, ch. 23.

Le 12 juillet 1691 un arrêt du Parlement de Metz paraissait adopter la même attitude, disant qu'il y avait abus dans une sentence de l'official de Verdun du 14 mars, ordonnant une mesure d'instruction. Mais, en réalité, les circonstances étaient particulières : une ordonnance du lieutenant général du baillage de Verdun avait accordé le 6 mars 1686 une

auteurs s'emparèrent de cette décision pour démontrer la déchéance des Officialités.

§ 3. — En marge de la voie judiciaire s'établit une pratique notariale de séparation de biens et d'habitation.

Quand des époux avaient été contraints de recourir à une séparation, il n'en résultait pas forcément une situation définitive ; non seulement la réconciliation restait toujours licite, mais elle était conforme au but de l'institution. Elle s'opérait le plus souvent, sans doute, par une simple réunion de fait au même logis, mais parfois certaines circonstances exigeaient un mode plus formaliste. Il pouvait arriver que l'un d'eux subordonne son pardon à une promesse, ou bien demande des garanties avant de renouer avec l'auteur de la rupture ; ou même, plus simplement, que tous les deux veuillent faire connaître publiquement le changement de capacité juridique de la femme. Dans ces diverses hypothèses, la façon la plus simple de procéder était de faire dresser par un notaire un acte authentique de l'accord rétabli.

Nous avons vu le Parlement de Paris rendre obligatoire cette pratique par interprétation de l'article 199 de la Coutume d'Orléans ; mais avant même l'époque où les Coutumes furent rédigées, les tabellions délivraient déjà des actes de cette nature ; nous citerons par exemple cette réconciliation conclue en 1368 devant un notaire du duc de Bourgogne :

« L'an mil CCC LX VIII le juesdi après la Saint Nicholas « d'hyver, environ hore de vespre, à Dijon en l'ostel de Jehan

séparation de corps et de biens, sur laquelle l'official avait été sollicité de statuer à nouveau. Aussi de Corberon, Procureur général dudit Parlement, justifiait l'abus en invoquant la règle qui défend à un juge de connaître de l'exécution d'une décision prononcée par un autre juge, sur lequel il n'a point de supériorité. AUGEARD, *Arrests notables* (2 vol. f°, 1761), t. I, § 69, p. 154.

Cf. Arrêts du Parlement de Bretagne des 31 janvier 1736 et 28 janvier 1737, ayant déclaré nulles et abusives des procédures en séparation d'habitation faites devant les officiaux de Saint-Brieux et de Vannes. DENISART, *op. cit.*, v° *Sep.*, n° 33.

« cuer de roy, présents le dit Jehan det Vauchier son frère,
« Roolins de Favernay demorant à Dijon en l'ostel de Mons. Le
« Duc, d'une part, et Perrenote sa femme, d'autre part. Le diz
« Roolins dit à la dicte Perrenote sa femme les parolles, ou sam-
« blables, qui s'anguignent : Perrenote comme plusieurs maulle-
« vaises parolles haient estey dictes en la ville de Dijon et autre
« part de vous et de moi,c'est à ssavoir tant de maulvais gover-
« nement qui ay esparu a estre entre vous à moy, ce qui n'est
« mie ne ay estey, comme sus empoisonnemens lesquelx l'on
« disoit, ay l'on dit, que vous m'avies donnay boire, je dois cy
« et dois je des choses dessus dictes ensemble de toute rigours,
« ires, faiz, haines et maultalans que nous eheumes et havons,
« ehu ensamble ou temps passey, vous en quicte et absoul per-
« petuellement et le vous pardoin, et avec ce se nuls maulx,
« melaidies ou dommaiges de corps ou de biens me venoit de cy
« en avant, je vous en quicte et le vous pardoin, comme pru-
« domes et lehaulx homes doit pardonner à sa femme, auxi
« comme prude femme que vous estes et que vous hay treuvée
« et cognehue au temps passey sanz nul mauvaiciez ne faulcetez
« ce n'est comme prude femme doit estre et vous promet de ci
« en avant bien leaulement governer et estre avec vous comme
« bon homme et lehaulx doit estre avec sa prude femme. Li-
« quelle l'y résponday, dit quictay et pardonay tout en la forme
« et menière dessus dicte et auxi promit estre et demorer bien
« et paisiblement comme prude femme avec li et lui governer
« sy comme elle doit. Sur lesquelles chauses dessus dictes requis
« et demandey à moi Guiot de Fontaine, clerc demorant à
« Dijon, et li estre fait et donné instrument le moillour que l'on
« pourray au dictié des saiges etc... prédicti-G. de Fontaine (1). »

(1) Arch. de la Côte-d'Or, B. 11269, f° 73 v°.

E. Coyecque a publié un acte analogue daté de septembre 1543 : Nicolas Cointry, orfèvre, bourgeois de Paris et sa femme Marie Nepveu « déclairent que par cy devant ilz ont ésté *séparez de biens*, à la suscitation des beaulx frères et sœurs de lad. Marie Nepveu... et lesquelz depuis, par réconciliation faicte entre eulx, dès onze ou douze ans a ou environ, se reunirent et misrent ensemble pour vivre en commun en tous et chascuns les biens qu'ilz avoient pour lors et pourroient avoir cy après, comme ilz faisoient auparavant lad. séparation, dont ilz dient en avoir passé lectres pardevant deux notaires du Chastelet de Paris, depuis lequel temps ilz ont tousjours vécu comme encores ilz vivent de présent en commun et par indivis, et promectent par ces présentes de vivre doresenavant,

Mais il vint un moment où les notaires, ne bornant plus leur rôle à rendre solennelles les paroles de pardon et de paix qui mettaient fin à la discorde conjugale, s'enhardirent à dresser instrument des reproches et griefs qui causaient la séparation, et, usurpant la fonction du juge, à donner acte aux parties de leur volonté mutuelle de rompre la vie commune.

A quelle date et comment cet usage, opposé à l'esprit du Droit Canon classique, prit-il naissance dans le Droit coutumier ? Nous allons essayer d'apporter à cette question quelques éclaircissements.

Lorsqu'un jugement permettait à deux conjoints de cesser de cohabiter, il fallait procéder à la liquidation de leur régime matrimonial et au partage du patrimoine commun. L'Official faisait prêter serment aux deux parties de faire honnêtement cette division de leurs biens, et parfois nommait un commissaire pour surveiller l'opération (1). Dès que les tribunaux laïcs connurent de cette matière, il semble bien qu'ils confièrent à des notaires la mission d'assurer cette liquidation. Déjà dans sa sentence du 7 août 1430, le Chatelet en effet, enjoignant au mari de rendre des comptes à sa femme, attribuait à deux notaires le soin de remettre à celle-ci « quictance et récepissé » des « lectres des héritages parties entre eulz et... echeuz au lot d'elle » (2). C'est ainsi que ces praticiens devinrent les auxiliaires du juge, et se trouvèrent contribuer d'une manière effective à la dissolution du foyer conjugal. Mais leur intervention, d'abord subordonnée à la décision judiciaire, dut tendre peu à peu à se rendre autonome. Il est probable que cette évolution résulta de l'opinion commune qui vit dans le partage l'élément essentiel de la séparation, et ne reconnut pas au jugement la valeur d'une formalité nécessaire. Dans le cas où leurs conventions semblaient rendre inutile une sentence, les parties durent donc recourir directement

aussi en commung et par indivis, comme auparavant ladicte séparation, nonobstant icelle, et de ce ont lesd. mariez requis lectres... » *Recueils d'actes notariés*, t. I, 1498-1545, n° 2715 (1905, dans *Histoire générale de Paris*).

(1) *Off. de Paris*, 28 avril 1385, f° 57 v° : « ...fuerunt separati quoad bona... et juraverunt alter alteri facere bonam partem de bonis communibus inter ipsos et nichil recelare, etc., et quoad divisionem dictorum bonorum fiendam fuit datus comissarius magister Jo. Melleti, ad requestam mulieris et ipsius mulieris expensis, de consensu dicti viri, etc. ».

(2) V. *supra*, p. 118, note 3.

au tabellion et le solliciter de procéder à la liquidation, comme si le juge avait statué au préalable. Puis cette coutume s'étant étendue, les notaires remplacèrent la décision absente par un acte spécial de séparation consensuelle.

Cette pratique a dû se former dans la seconde moitié du XVI^e siècle. Nous n'avons pas trouvé d'actes concrets datés de cette époque, mais de nombreux arrêts mentionnent leur existence ; car ces contrats, bien que leur but fût d'éviter une action en justice, ne laissèrent pas de provoquer des litiges relatifs à leur exécution, qu'il fallut bien soumettre aux tribunaux. Une décision du Parlement de Provence, du 11 juin 1596, contient une disposition comminatoire visant les notaires du ressort, qui suppose à cette date un développement certain du processus nouveau (1). A Paris également, le même usage était reçu, car un arrêt du 11 janvier 1597 fait état d'une séparation conclue pardevant notaires (2).

On voit durant tout le XVII^e siècle l'institution s'étendre, et persister jusqu'à la fin de l'ancien droit. Des actes de séparation volontaire ont été rédigés en 1603 à Chalon, 1608 à Reims, 1616 à Orléans, 1624 à Poitiers, 1735 à Lille, 1749 à Besançon... (3) Le Parlement de Paris dut fréquemment se prononcer sur la validité des pactes ainsi conclus ; Louet cite par exemple des arrêts des 5 février 1601, 12 décembre 1614, 14 août 1621, 4 mai et 1^er décembre 1626, 9 juillet 1627, 4 juin 1644 (4) ; le *Journal des Audiences* en reproduit qui furent rendus dans les années 1695, 1708 et 1711 (5). Le Parlement de Provence statua à nouveau en 1628, 1642, 1649 et 1685 (6), celui de Dijon en 1644 et 1699 (7), celui de Bretagne en 1632 et 1659 (8), celui de Toulouse

(1) Boniface, *op. cit.*, t. I, liv. V, tit. VIII, ch. 1, *in fine*.
(2) Le Prestre, *Questions notables de Droit* (éd. 1679), 1^re centurie, ch. 48.
(3) Bardet, *Recueil d'Arrests du Parlement de Paris*, 1617 à 1643 (ed. 1690), t. I, liv. II, ch. 93 ; t. I, liv. I, ch. 61 ; t. II, liv. IV, ch. 28 ; t. II, liv. IX, ch. 25.
(4) *Op. cit.*, lett. S, nomb. 16, p. 700 s.
(5) T. IV (1733), liv. X, ch. 10 ; t. V (1757), 2^e p., liv. VIII, ch. 22 ; t. VI (1751), liv. I, ch. 45.
(6) Louet, *op. cit.*, p. 702 ; Boniface, *op. et loc. cit.*, et *Suite*, t. II, liv. V, tit. XIV, ch. 2.
(7) Raviot sur Perrier, *op. cit.*, quest. 251, n° 65.
(8) Brillon, *Diction. des arrests* (ed. 1727, 6 vol. f°), t. VI, v° *Sép.*, n° 46.

en 1727 et 1776 (1). Le Conseil Souverain de Roussillon eut enfin à connaître, en mai 1769, d'une séparation convenue dans un acte sous seing privé (2).

Nous savons par ces décisions que le pacte était fréquemment rédigé après qu'un conseil de famille avait essayé d'apaiser les esprits irrités, et que ses clauses, à l'instar du contrat de mariage, étaient établies en présence et par l'entente des membres des deux familles (3). D'ailleurs nous pouvons compléter les indications trop brèves des arrêts, par l'analyse de deux actes concrets, dont l'un fut conclu à Arverd en 1646 (4), et l'autre à Besançon en 1749 (5).

Le premier est composé suivant un plan simple et logique, il rappelle tout d'abord la date du mariage et la situation des parties, l'épouse étant veuve et pourvue d'enfants ; puis il exprime dans les termes suivants la volonté mutuelle de rompre, sans en révéler les motifs :

« ...aujourd'huy, cinquiesme de may 1646, pardevant moy « notayre royal soubzsigné et présantz les témoings bas nom- « més, ont esté presantz et personnellement establis en droict « ledit sieur Baron, demeurant en la ville de Marennes d'une « part, et ladicte damoizelle, demeurant au lieu d'Avallon, par- « roisse d'Arverd d'autre, les quelz se sont vollontayrement et « de leur bon gré départis dudit contract de mariage, sans que « les dictesparties entendent ny veuillent à l'advenir s'en pré- « valloir en façon quelconque, ny cohabiter ensemble. »

Après quoi cet acte mentionne les clauses patrimoniales de la

(1) C. Serres, *Les Institutions du Droit français suivant l'ordre de celles de Justinien* (Paris, 1753), liv. I, tit. IX, § 1 ; Merlin, *Rép. v° Sép. de corps*, 1er §.

(2) Merlin, *op. cit.*, 3e §.

Tous ces arrêts ne sont indiqués ici qu'à titre d'exemple pour montrer l'extension de l'usage étudié ; il serait facile d'allonger la liste par un dépouillement plus complet des recueils.

(3) Le Prestre, *op. cit.*, 1re cent., ch. 67. Arrest du 3 juin 1642 au « Rolle de Poitou ».

Louet, *op. cit.*, p. 702, arrêt du 4 juin 1644.

(4) *Revue de Saintonge et d'Aunis*, 1er mai 1901, p. 182, v. *infra*, pièce justificative, n° 8.

(5) Arch. du Doubs, G. 706, v. *infra*, pièce justificative, n° 6.

V. également dans le *Journal des Audiences*, t. V, 2e p., liv. VIII, ch. 22, le détail des clauses d'un pacte qui fut conclu le 18 novembre 1698 devant un notaire d'Argentan.

séparation, qu'il fait immédiatement suivre des signatures. On remarque qu'un seul notaire avait instrumenté.

La seconde convention, à laquelle nous avons déjà fait allusion, est d'une teneur moins concise. Nous ne connaissons pas davantage les raisons pour lesquelles les conjoints se sont « de- « puis plusieurs années brouillés ensemble, de façon qu'ils ne « peuvent se parler ny même se voir et se souffrir », car s'ils se sont présentés « disant en avoir plusieurs motifs et raisons graves « respectivement l'un contre l'autre, et principalement à cause « d'une antipathie d'humeur insurmontable », ils n'ont point exposé au notaire le détail des griefs. Mais, par contre, le préambule de cet acte nous apprend que si les parties ont adopté cette voie plutôt que de plaider, c'est afin d'éviter à la fois le « mépris du public », que provoqueraient leurs accusations « vraies ou fausses » exposées « au grand jour », et « de grands frais qu'elles ne sont point en état de supporter sans se déranger considérablement ». A ces vues sans grandeur, sinon dénuées d'esprit pratique, fait suite, il est vrai, cette considération, que la séparation est « traitée à l'amiable dans l'espérance que... les raisons de leur mutuel éloignement cessant, elles pourroient renouer et reprendre l'estime et l'amitié qu'elles doivent avoir l'une pour l'autre ».

Après cette introduction justificative est transcrite la résolution des époux :

« ...furent présents Pardevant le Notaire Royal soussigné led. « Anatoile Loye, de l'autorité de Charles Loye son père pour « ce présent, d'une part, et laditte Huot de l'autorité de son « mari, d'autre part ; lesquels ont volontairement traitté et « sont convenus de ce qui suit, scavoir : qu'ils vivront séparément « pendant quatre ans consécutif à compter de le présent jour ; « que pendant ce tems ils iront demeurer où ils voudront, et feront « chacun en leur particulier les entreprises et négoces qu'ils « jugeront à propos sans se rendre aucun compte, et sans que « pendant tout ce tems il y ait de communauté entre eux... »

L'acte dispose ensuite que « l'éducation, nourriture et entretient de Etienne et Claudinette Loye, leurs enfants » sont confiés au mari, et enfin que la communauté de biens est interrompue, mais non pas dissoute.

L'exposé précédent nous permet d'affirmer que les pactes de séparation amiable ont été couramment employés dans les deux siècles qui ont précédé la rédaction de notre code civil. S'il est exact de prétendre que le droit embrasse les pratiques adoptées par les mœurs, on peut donc dire que notre ancien droit a connu la séparation consensuelle entre époux. Pourquoi le législateur de 1804, qui s'est si souvent inspiré des règles traditionnelles, n'a-t-il pas conservé cet usage dans nos lois ? C'est que les usages sont soumis au contrôle des Cours de justice, dont les arrêts sont commentés par les auteurs, et que les rédacteurs du code ont borné leur information à l'étude exclusive des principes formulés par la doctrine.

Il nous faut donc voir maintenant comment les tribunaux ont accueilli l'innovation réalisée par les notaires, et comment les jurisconsultes ont systématisé les données de cette jurisprudence.

§ 4. — La jurisprudence et la doctrine proclament la nullité des séparations volontaires.

Nous avons vu la jurisprudence ecclésiastique, depuis la fin du XIV^e^ siècle, admettre la validité des demandes de séparation, formées au moyen d'une requête où les conjoints exprimaient tous les deux leur désir de suspendre la vie commune, et leur reconnaître le droit d'affirmer devant l'Official l'accord de leurs deux consentements. Nous savons également que de cette conception est résulté au XVIII^e^ siècle, par l'effacement progressif de l'élément judiciaire, la transformation de la décision gracieuse en acte purement contractuel.

Lorsque les tribunaux royaux se sont approprié presque partout la connaissance des questions de séparation, n'ont-ils pas simplement adopté les règles du Droit canonique, et poursuivi l'œuvre entreprise par les Officialités ? L'apparition des pactes conclus par devant notaire semble bien indiquer la survivance du système primitif, dont le changement de compétence aurait hâté l'acheminement vers son terme fatal.

Mais en réalité, il n'en fut pas ainsi, car le Droit Coutumier,

incorporant la séparation au nombre des institutions laïques, ne modifia pas seulement son organisation, en confondant la dualité antérieure dans une seule réglementation, il en changea profondément l'esprit. C'est pourquoi la jurisprudence séculière ne suivit pas une évolution analogue à celle des Cours d'Eglise, et n'eut pas à l'égard des pactes amiables l'attitude que prit l'Official.

Dès l'origine de la nouvelle jurisprudence se fit jour la tendance opposée à la tradition canonique. Deux arrêts notamment, rendus le 25 juin 1600 et le 2 avril 1602, manifestèrent l'hostilité du Parlement à l'égard des séparations judiciaires consensuelles (1).

Dans la première affaire, quoiqu'une séparation volontaire eût été confirmée par jugement, la Cour, entérinant des Lettres obtenues par l'épouse, décida que celle-ci aurait part à la communauté. Le jugement initial se trouvait écarté parce qu'aucune mesure d'instruction n'avait fourni la preuve de la dissipation, ou mauvaise conduite du mari. L'intention restrictive était encore plus accusée dans la seconde, où l'appelante, après avoir vu sa demande repoussée par le Bailli de Chaumont, essuya un nouvel échec devant le Parlement, quoique son mari eût déclaré par acte, en cause d'appel, qu'il consentait à la séparation ; la Cour ayant jugé « qu'il n'estoit pas raisonnable d'adhé-« rer en cela à la volonté des parties, et d'entretenir par ce moyen « leur division et leur discorde. »

Mais, bien qu'une nouvelle décision, en date du 7 mars 1608 (2), fût venue attester la fermeté des vues du Parlement à cet égard, il est certain que ces divers arrêts n'étaient pas l'application d'un système rationnellement construit, et fondé sur des principes de droit. En 1610 encore aucune règle précise ne s'était dégagée de cette jurisprudence, car, sur une requête présentée « par un mary contre un arrest, par lequel de son consentement

(1) Le Prestre, Addition à la 1re cent., ch. 67 à la marge ; Renusson, *op. et loc. cit.*, nº 50.V. également arrêt du 11 janvier 1597, *eod. loc.*, ch. 98, nº 15.

Mornac cite aussi un arrêt dans le même sens du 5 mai 1598 : *Observationes in XXIV priores libros Digestorum ad usum fori Gallici* (fº Paris, 1654). Lib. xxiv, l. 62.

(2) Louet, *op. cit.*, p. 702.

« et de celuy de sa femme, ils auroient esté séparez de biens, de « lit et d'habitation », la Tournelle renvoyait les parties hors de Cour et de procès (1). C'est d'ailleurs bien plus dans les moyens présentés par la requête que dans la solution apportée au litige, que réside l'intérêt de cette décision ; car leur inconsistance montre clairement que les jurisconsultes en étaient encore à chercher un fondement juridique au système qu'ils s'efforçaient d'élaborer.

Le premier reposait sur l'affirmation que le mariage est trop considérable pour qu'il soit commis à la volonté des parties, et prétendait, citant saint Jean Chrysostôme et saint Ambroise, que le consentement donné en cette matière est illicite et réprouvé, parce qu'il méprise à la fois la nature et la loi divine. Mais c'était là confondre séparation et divorce comme le prouve la suite de la démonstration, où étaient réfutées les lois romaines gardées par les Empereurs chrétiens, et où le mariage religieux était comparé à celui qui se faisait à Rome « confarreatione et adhibitis sacris ». En vain Cicéron, Auguste et même les XII Tables étaient appelés en témoignage de la vérité du principe énoncé.

Le second moyen, malgré l'appui fourni par Aristote et Suétone, n'éclairait pas davantage le débat, car il tentait d'apitoyer les juges sur huit petits enfants qui languissaient dans l'aigreur d'une aussi longue séparation.

Le dernier enfin n'était pas plus probant, attirant seulement l'attention de la Cour sur le danger « qu'il y a de donner aux « femmes une si grande facilité de se séparer d'avec leurs maris : « car c'est proprement les abandonner *luxui suo et cupidinibus « alienis* ».

De son côté, l'épouse faisait valoir en sens contraire qu'il « n'y a point de plus forte ni de plus assurée sentence, que celle « qui se donne du gré de la partie » ; précisant que le consentement du requérant n'avait point « esté donné en privé, ni sans y « avoir bien pensé, mais à la face de la Justice et aux yeux de la « Cour, et de l'avis de tous ses amis et des plus célèbres Advo- « cats du Parlement, et mesme avec Monsieur le Procureur Gé- « néral qui y [avait] souscrit ».

(1) Le Bret, *op. cit.*, liv. I, 7.

Après l'hésitation marquée par cet arrêt, on vit la tendance restrictive l'emporter définitivement sur la conception libérale. Désormais les auteurs, complétant l'œuvre des Parlements, érigèrent en principe que la séparation doit toujours être prononcée en connaissance de cause, après information, et sans avoir égard à l'aveu des époux ni tenir aucun compte de leur consentement réciproque (1).

Toutefois les justices inférieures restèrent longtemps fidèles à la Coutume des Officialités (2).

On conçoit facilement que si les Cours souveraines en étaient arrivées à interdire au juge de recevoir le consentement offert par les parties, le simple accord de volonté réalisé devant notaire n'avait pu trouver grâce auprès d'elles.

Dès le 11 juin 1596 le Parlement de Provence proclamait sans réserve la nullité des pactes de séparation. Mais cette mesure ne pouvait satisfaire des magistrats inquiets d'une concurrence qui portait préjudice à leurs attributions, car les notaires n'eussent pas manqué de faire ressortir aux époux incertains sur la procédure, tous les avantages conservés par un système qui leur était si profitable. C'est en prévision de cette résistance que la

(1) CHARONDAS LE CARON, *Réponses...*, liv. XI, rép. 87.
LHOMMEAU, *Maximes*, liv. III, n° 141, p. 279.
RENUSSON, *op. cit.*, 1re p., ch. IX, n° 49 : La séparation de corps et d'habitation ne dépend pas aussi de la volonté des deux conjoints, quoiqu'ils y consentent tous deux ; car il est de l'honnêteté publique que les conjoints habitent ensemble et qu'ils vivent en union et concorde... il faut qu'elle soit ordonnée en connoissance de cause après enqueste et audition de témoins, et qu'elle ne soit pas ordonnée sans grande cause, et sans quelque nécessité.
LE BRUN, *op. cit.*, ch. I, n° 2 s.
DUPLESSIS, *Traité de la Communauté* (éd. 1709), liv. II, ch. 2 : La séparation de biens ne se peut faire par un acte privé, passé entre les parties, elle seroit absolument nulle en cette forme... et cela tant pour l'honneur et la dignité du mariage, qui est d'ordre public, que pour éviter la fraude et même les avantages indirects.
CLAUDE DE FERRIÈRE, *Corps et Compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris* (2e éd., 4 vol. f°, Paris, 1714), t. III, tit. X, art. 224, glose 2, n° 3.
DENISART, *op. cit.*, t. IV, v° *Sép.*, n° 18.
RAVIOT SUR PERRIER, t. II, quest. 251, observ. n° 3 et 11 : « rien n'est plus scandaleux, ni plus opposé au bien public et au bon ordre que ces séparations ».
(2) BOUVOT, *Nouveau recueil des arrests de Bourgongne* (2 vol., Cologne, 1623 et Genève, 1628), t. I, v° *Sép. de biens*, quest. I, arrêt du Parlement de Dijon du 17 novembre 1571 ayant donné ajournement per-

Cour leur fit défense de recevoir semblables contrats de séparation volontaire « *à peine de punition corporelle* » (1).

Mais, soit que l'intérêt fût plus fort que la crainte, soit que l'institution fût entrée dans les mœurs, cette menace ne fit pas disparaître la pratique illicite ; et même, grâce aux arrêts rendus en 1649, 1683 et 1685 par lesquels la Cour renouvelait sa prohibition, nous pouvons affirmer avec certitude l'échec du Parlement. Comment voir, en effet, autre chose qu'un aveu d'impuissance dans cette décision, intervenue tout près d'un siècle après l'ouverture du conflit, qui ordonnait « que Sanchon Notaire de Noves seroit assigné en personne pour répondre sur certains faits, avec inhibitions et deffenses à tous les notaires de la Province de recevoir des semblables actes de séparation, sous les peines portées par les précédents Arrests, et qu'Extraits de l'Arrest seroient envoyés en tous les sièges de la Province pour y estre lû et gardé. » (2)

La politique du Parlement de Paris fut plus sage. Sans doute, il refusa de tenir pour valables les pactes dont s'agit en assurant leur exécution judiciaire, mais il se garda bien d'émettre une injonction dont il pouvait prévoir l'inefficacité ; et même il apporta des restrictions à la règle de nullité qu'il avait proclamée le 11 janvier 1597 (3).

Cette attitude plus souple fut celle qui prévalut devant les autres Cours, qui suivirent presque toutes la jurisprudence parisienne. Par exemple, un arrêt rendu à Dijon le 1er juillet 1699 ordonna à une femme, sur la demande de son mari, de se remettre

sonnel contre un juge qui avait accordé une séparation sans connaissance de cause.

Chenu, *op. et loc. cit.*, quest. 50, arrêt du Parlement de Bretagne du 14 février 1602, faisant défense au Sénéchal du Mans de faire à l'avenir des séparations volontaires.

Bardet, *op. cit.*, t. I, liv. IV, ch. XI, décisions de sép. volontaire du Bailli de Blois, dont appel en 1622, et du Bailli de Chateaulandon, dont appel en 1621.

Louet, *op. et loc. cit.*, décision semblable du Sénéchal du Bourbonnois en 1647.

Augeard, *op. cit.*, t. I, § 69, Procès-verbal de séparation volontaire donné le 6 mars 1686 par le lieutenant-général du Baillage de Verdun.

(1) Boniface, *op. cit.*, t. I, liv. V, tit. VIII, ch. 1, *in fine*.

(2) Boniface, *Suite*, t. II, liv. V, tit. XIV, ch. 2, arrêt du 19 février 1685.

(3) Le Prestre, *op. cit.*, I, 98, nº 13.

en communauté avec lui, malgré qu'il eût signé un pacte de séparation ; de même le Parlement de Bretagne ordonna le 21 mai 1632 à des époux de vivre ensemble, quelque transaction qui fût intervenue entre eux (1) ; le Parlement de Toulouse, le 8 juillet 1729, puis en audience solennelle le 15 janvier 1776, décida également qu'un acte de séparation ne mettait pas obstacle à l'action en restitution formée par le mari (2).

Quelles étaient les raisons, demeurées étrangères à la discipline canonique, pour lesquelles le Droit Coutumier avait soudain fait preuve d'une telle rigueur ? Un simple rapprochement de dates fait entrevoir immédiatement le fondement purement pécuniaire de cette règle, qui n'était qu'une application de la conception toute récente de l'immutabilité des conventions matrimoniales (3).

(1) Du Fail, *Mémoires des plus notables et solennels arrêts du Parlement de Bretagne* (éd. par Sauvageau, Rennes, 1654), liv. I, ch. 220 ; v. de même, ch. 144.

(2) Serres, *op. cit.*, liv. I, tit. IX, § 1.

(3) Brodeau sur Louet, *op. cit.*, p. 702 : ...il n'est pas au pouvoir des conjoints de prêter aucun consentement qui blesse l'honnêteté et *déroge au droit public*... Il est donc requis moribus nostris, pour la validité de la séparation soit de biens ou d'habitation, qu'il y ait information ou enquête préalablement faite par le juge des lieux... Et la séparation faite autrement ferait un *acte dérogeant au contrat de mariage*, qui est de droit public et emporte nullité précise.

Le Brun, *op. cit.*, liv. III, ch. 1, n° 2 s. : Les séparations de biens font finir nécessairement la communauté et c'est en cela qu'on ne doit pas autoriser les séparations volontaires, et qui se font bona gratia, quoique approuvées par la Novelle 140 de Justinien [ut consensu *matrimonium* solvi possit] : parce qu'elles sont de vraies contre-lettres contre la communauté légale, ou contre la conventionnelle, qui est la clause la plus importante du contrat de mariage.

Duplessis, *op. cit.*, liv. II, ch. 2, note ccc : La communauté et la séparation regardant l'intérêt du public, elles ne doivent pas dépendre de la seule volonté des parties, lesquelles pourroient se séparer en fraude, comme il paroit par l'arrêt du 4 may 1677 (*Journal des Audiences*, t. III, liv. IV, ch. 15)..., la séparation détruisant un contrat de mariage, qui est le plus authentique de tous les contrats, ou dérogeant à la Coutume qui est de droit public, elle ne peut être odronnée sans grande connaissance de cause.

Renusson, *op. et loc. cit.*, n° 9 ; On a voulu que la séparation de biens fût autorisée par justice, et ordonnée par le juge, et c'est un droit commun et général,... cela est fondé en grande raison. Premièrement parce qu'il ne doit pas estre permis aux conjoints, qui sont en communauté de biens, de dissoudre d'eux-mêmes et de leur autorité privée leur communauté, et de changer leur condition pendant le mariage.

Valin, *op. cit.*, t. II. *De la communauté*, art. 48, § 1, n° 31 : Dans la règle générale, les séparations volontaires qui se font bona gratia sont

C'est, en effet, vers le milieu du XVI^e siècle, qu'apparut dans la jurisprudence le principe qui régit encore d'une façon impérieuse le droit de nos contrats de mariage. Aucune prescription analogue, concernant le régime de la dot, n'avait existé en Droit Romain (1), et nombreux sont les documents, jusqu'à la fin du moyen âge, qui nous montrent des époux modifiant leurs conventions matrimoniales (2). Cependant ni le prestige des lois romaines, ni la force des habitudes, n'empêchèrent le Parlement de Paris d'établir une norme contraire par une série d'arrêts, dont les premiers furent prononcés les 15 mai 1549 (3), 6 septembre 1551, 14 août 1555 et 11 mai 1563 (4).

En vérité ce revirement du droit, loin d'être une innovation arbitraire, n'était que la consécration tardive et limitée de l'ancienne idée germanique de propriété familiale, qui survivait à l'économie primitive, adaptée aux nouvelles aspirations sociales, dans la formule de la conservation des biens dans les familles (5). D'après cette conception, opposée à la notion classique de la propriété romaine purement individuelle, le patri-

réprouvées entre mari et femme ; et c'est une suite du principe qui leur défend de déroger aux droits formés entre eux par leur contrat de mariage.

(1) D. XXIII, 4, *de pact. dot.*, xxviii-xxix.

Néanmoins elle pénétra dans les pays de droit écrit, cf. SERRES, *op. cit.*, liv. II, tit. XIV: « tout ce qui est porté par les contrats de mariage est immuable suivant la *coutume générale* de ce royaume.»

(2) BERNARD ET BRUEL, *Cartulaire de Cluny*, t. II, n^os 1412, 1413. (année 975).

ARCH. DE LA CÔTE-D'OR, B. 11245, f° 11 (1346-1349) : « Jehans Sarreaulx de Dyjon confesse que en contrathant le mariage de Symonot son fil, d'une part, et de Marguerite qui fust fille Jehan le Botoillier de Saalen, d'autre, acourdez fust que lediz Jehans devoit douhé ladicte Marguerite... Or est acourdez que li dez Jehans Sarreaulx ou nom que dessus douhe ladicte Marguerite et ycelle vuet e fare douhe de la mitié d'une maison... »

cf. B. 11332, f° 172 (1420-1424).

(3) JEAN BACQUET, *op. cit.*, t. I, ch. 21, n° 73.

(4) CHARONDAS LE CARON, *Réponses...*, liv. VIII, rép. 32.

V. THUILLIER. *De l'Immutabilité des Conventions matrimoniales en Droit Coutumier* (thèse Paris, 1910), p. 73.

(5) PRÉVOT DE LA JANNÈS, *Principes de Jurisprudence.*

Le contrat de mariage que les conjoints font en se mariant devient après la célébration une loi entre deux familles, qui règle impérieusement toutes les suites du mariage et s'étend dans toute sa durée... Si des changements étaient permis, ils troubleraient la paix des mariages, le repos des familles,... et ouvriraient la porte aux avantages indirects, si contraires à la *conservation des biens dans les familles.*

moine que chaque époux apportait en mariage n'était pas véritablement sa chose propre, mais plutôt une sorte de dépôt viager qu'il avait mission de transmettre aux représentants de sa race. Il était donc dans la logique du droit d'interdire la disposition par acte individuel de ce patrimoine collectif (1). C'est pourquoi le contrat de mariage, qui pouvait contenir des clauses rendant les biens inaliénables, mais aussi des donations de l'un à l'autre des futurs époux, était l'œuvre des deux familles, et non des deux parties dont il devait régir les rapports pécuniaires ; et c'est pourquoi le Parlement leur refusait le droit d'apporter à cette convention collective des changements, inspirés par l'amour conjugal ou l'intérêt particulier, qui eussent détourné les biens de leur affectation (2).

Le Droit Coutumier avait donc dépassé singulièrement le Droit Romain, qui lui s'était contenté de défendre aux époux de se faire des libéralités (3), sans leur interdire de conclure des contrats onéreux, ni prohiber la modification ou la constitution de la dot durant le mariage. La préoccupation de conserver les biens dans les familles était devenue si exigeante, que tous les actes juridiques qui étaient susceptibles de déguiser une dona-

(1) Voir sur les consentements familiaux dans le très ancien droit (XI^e et XII^e s.), O. MARTIN, *Histoire de la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. II, p. 151 s.

(2) CL. DE FERRIÈRE, *op. cit.*, t. III, tit. XI, art. 258 : les contrats de mariage ne concernent pas seulement l'intérêt particulier des futurs conjoints, mais ils doivent un jour servir de loy et de règle dans la famille, pour règler les successions et les droits des enfans qui naîtront du mariage, ou des autres héritiers. Ainsi il ne doit pas dépendre de la seule volonté et disposition des futurs conjoints de les altérer, changer, diminuer ou augmenter en aucune manière, sans le consentement de ceux sur l'avis desquels le contrat auroit été fait... C'est sur ce fondement que les arrests ont jugé que les séparations faites par le seul consentement des conjoints par mariage, sont nuls et sans effet.

(3) ULPIEN, D. XXIV, 1, *de don. int. vir. et ux.*, i : Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes sed profusa erga se facilitate.

CL. DE FERRIÈRE, *op. cit.*, t. III, tit. XIII, art. 282, n° 6 : La raison pour laquelle nos coutumes se sont écartées des Lois Romaines, en défendant aux conjoints par mariage toutes espèces d'avantages et donations, est fondée sur le soin et le désir de conserver les biens dans les familles, qui a servi de fondement à la plus grande partie des dispositions coutumières... On a considéré que l'État ne se peut mieux maintenir que par ce moyen.

tion furent proscrits entre les époux (1), et que tout changement de régime pécuniaire fut banni comme suspect de tendre à la diminution des garanties de conservation du bien familial.

Les contrats de séparation violaient ouvertement la règle d'immutabilité, ce fut la cause de leur condamnation. Mais il eût fallu également condamner la séparation contentieuse-car elle aussi aboutissait à détruire le pacte patrimonial des conjoints. S'il ne fut pas possible à la jurisprudence de pousser jusque là les conséquences de son système, elle tendit néanmoins à restreindre le plus qu'elle put le domaine contentieux de cette institution (2)..

Ainsi la séparation entre époux, qui sous l'empire d'une éthique rigoureuse avait d'abord été restrictivement conçue par le Droit canonique, puis s'était sans cesse développée devant les Officialités sous la pression de besoins légitimes, retournait tout à coup,

(1) Bardet, *op. cit.*, t. I, liv. IV, ch. XI. Conclusions de l'avocat général Talon à l'occasion d'un arrêt du 6 mars 1631 : « On ne peut y parvenir [à la séparation] valablement par une autre voye, surtout par celle d'un mutuel accord et consentement, que l'un des mariez pourroit toujours extorquer facilement de l'autre, pour parvenir à une séparation de biens, et en tirer un *avantage indirect* et condamné par les Loix et les coutumes ».

Néanmoins il faut noter que la prohibition des avantages entre époux n'était pas absolument générale, v. Coutumes de Blois et de Franche-Comté. Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Avant. entre époux.*

(2) Boniface, *op. cit.*, t. I, liv. V, tit. VIII, ch. 2 : arrêt du Parlement de Provence du 12 juin 1655 qui a jugé que les menaces faites par le mari à sa femme ne sont pas cause suffisante pour la séparation de corps et de biens, et qu'il faut un *attentat sur la vie.*

Basset, *Plaidoyez et Notables Arrests du Parlement de Dauphiné* (2 vol., Grenoble, 1668-1676), t. I, liv. IV, tit. IX, ch. 1, Arrêt du Parlement de Grenoble du 3 juillet 1650 qui a jugé que, si les sévices ne sont atroces, la femme ne peut demander séparation, et qu'une honnête correction est permise au mari. On n'alléguait en cette cause qu'un coup d'assiette sur la joue, une meurtrissure sur les cuisses et quelques injures verbales.

Cl. de Ferrière, *op. cit.*, t. III, tit. X, art. 224, glose 2, n° 26.

Bourjon, *Le Droit commun de la France* (1770), t. I, tit. X, V^e^ partie, ch. 3, sect. II, n° 24 : *De la séparation d'habitation...* La femme ne l'obtient que sur la preuve de faits graves qui font appréhender pour sa vie.

Denisart, *Décisions nouvelles*, v° *Sép.*, n° 11 : ...quant une femme du commun demande la séparation de corps et d'habitation, il faut qu'elle articule des faits graves dont il puisse résulter que sa vie est en danger... autrement si les faits articulés par la femme n'annoncent point dans le mari une férocité de caractère qui fasse craindre pour les jours de la femme, elle ne peut être admise à la preuve ; il faut alors la déclarer non recevable. *L'ordre public, la dignité du sacrement, et le repos des familles* exigent cette sévérité dans les magistrats.

vers sa construction primitive. Mais le ressort de cette réaction n'était plus la doctrine de théologiens utopiques, qui voulaient traduire en canons les préceptes d'un idéal religieux ; c'était l'esprit conservateur de magistrats, qui croyaient assurer la sécurité sociale sur la persistance des familles, et pensaient que la stabilité des biens, garantie de cette permanence, se trouvait compromise par la perturbation entraînée par toute séparation (1).

Ces jurisconsultes habiles, qui sans scrupule avaient exproprié les Cours d'Eglise malgré les prescriptions formelles des Décrétales, et l'anathème lancé par le Concile de Trente (2), surent se souvenir toutefois que ces mêmes Décrétales avaient enfermé la séparation dans le cadre de limites étroites. Ils citèrent avec déférence ces textes favorables, même ceux plus restrictifs encore relatifs à la nullité du mariage, et présentèrent leur construction comme inspirée du Droit Canon, et plus respectueuse du Corpus que celle des Officialités. Le couronnement de l'édifice consista à rattacher l'interdiction de modifier les conventions matrimoniales, que les Papes ni les juges n'avaient su découvrir dans les textes sacrés, à l'esprit même de l'Evangile (3),

(1) Cl. de Ferrière, *op. cit.*, t. III, tit. X, art. 224, p. 365 : *Acte de notoriété du Chatelet de Paris du 8 mai* 1703 : « Il a été arrêté et certifié, que les séparations des conjoints par mariage ne se peuvent faire par des transactions... Les mariages sont de droit public ; et quoy qu'il semble qu'ils n'intéressent que ceux qui les contractent, par les conventions particulières qu'ils font, il y a néanmoins un intérêt public qui regarde l'Etat et les familles, tant pour y établir un ordre général, y maintenir l'honnêteté et une police domestique, que pour assurer la subordination qui doit être entre le mari et la femme, qui fait la seureté et la *conservation des biens* pour ceux qui les contractent *à leurs descendans* ; et comme tout le corps d'un Etat n'est composé que des familles particulières, on ne peut pas douter que la concorde ou la discorde qui s'y trouve, conserve ou trouble le *repos public* ; c'est un premier principe qui est très certain, d'où il faut conclure infailliblement que les mariages doivent être contractez selon les loix du Royaume... »

cf. Denisart, *op. cit.*, v° *Sép.*, n° 7.

(2) Conc. Trid. Sessio XXIV (1563), *Canones de Sacramento matrominii, XII* : Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad judices ecclesiasticos, anathema sit.

On doit se souvenir que les Canons du Concile de Trente n'ont pas été publiés officiellement en France.

(3) Duplessis, *op. cit.* (1709), liv. II, ch. 2, note *bbb* : « ... il se trouve dans le droit Canon plusieurs chap. *concernant la séparation*, où les séparations conventionnelles sont *expressément* défendues : Capit. Porro extra de divor. ; cap. Litteras extr. de rest. spol. ; capit. De illa extr. de divor. ; capit. final. extr. de transact. ; Can. saeculares, 33, quest. 2 :

et à compléter, réparant cet oubli fâcheux, l'indissolubilité du lien par l'immutabilité du régime (1).

Mais, si cette règle pécuniaire n'avait été vraiment que le reflet du grand principe moral appliqué par le Droit Chrétien, elle eût borné ses exigences à celles de son modèle, et, pas plus qu'il ne mettait obstacle à ce que des époux divisés par les sen-

Si prius quam in judicio damnentur, uxores suas abjecerint, a communione Sanctae Ecclesiae et populi coetu excludantur. »

Si nous avons la curiosité de vérifier ces références, nous constatons que la décrétale Porro d'Alexandre III [1170-71] (*X*.IV, 19, iii) concerne une hypothèse de nullité, et ne statue en aucune façon sur un accord de volonté. Casus : « quidam comes auctoritate sua absque Judicio Ecclesiae *dimisit* uxorem suam, quia eam dicebat fuisse cognatam uxoris suae defunctae : mulier *petebat* eum sibi restitui » ; — que la décrétale Litteras d'Innocent III [1201] (*X*.II, 13, xiii) concerne la validité d'une exception de nullité de mariage opposée à une demande en restitution : « Gulielma mulier separari a B. viro suo instantissime *postulabat*, cui se quarto gradu consanguinitatis proponebat esse conjunctam. Vir autem sibi uxorem *postulabat* restitui, quae ab eo sua temeritate divertit » ; — que la décrétale De illa d'Urbain III [1185-87] (*X*.IV, 19, vi) refuse à une femme le droit de quitter son mari « propria auctoritate », même s'il devient hérétique ; — que la décrétale Ex parte tua d'Honorius III [1218] (*X*.I, 36, xi) rappelle au juge qu'il a le devoir d'engager les parties à transiger, sauf dans les causes touchant au *sacrement* de mariage : Poteris ad componendum interponere partes tuas... exceptis nimirum casibus... ut pote conjugii Sacramentum (or la séparation de corps ne porte aucune atteinte au sacrement de mariage) ; le Pape défendait en fait par cette décrétale de transiger en matière de nullité de mariage.

cf. Beaum., *op. cit.*, n° 593 : « Il n'est pas mestiers que la cours de crestienté se passe légierement des ples qui nessent de mariage depecier, tout soit ce que li maris tesmoigne ce que la fame propose contre li, car puet estre qu'il tesmoignent ensemble la cause de departir mariage pour ce qu'il vuelent bien la departie, *pour ce qu'il se vuelent remarier alieurs*... ne doit pas sainte Eglise du tout croire en ces paroles, mes savoir la vérité du fet qui est proposé ».

Si nous nous reportons enfin au texte du Décret, nous voyons que le passage visé condamne en réalité la *répudiation* maritale arbitraire, et ne vise en aucune façon le consentement mutuel.

(1) Le Prestre, *op. cit.*, 1re cent., ch. 98, *Des contracts faits après ou devant un contract de mariage* : « Or s'il ne leur est point loisible de contracter entr'eux pendant et constant leur mariage, encore moins de contracter au préjudice, et contre ce qui a esté accordé et convenu par leur contract ; au contraire *le mariage estant indissoluble*, et devant « individuam vitae consuetudinem continere » *les conventions et pactions en doivent estre immuables* » cum pacta debeant imitari naturam contractuum quibus apponuntur, l. lecta, ff. de reb. creb. Instrumentum matrimonii » ; comme disent nos vieilles Loix Ripuaires « debet perpetualiter inconvulsum permanere » non seulement par ce que ce contract n'est pas seulement des choses et des biens, mais aussi des personnes qui s'unissent, ou se doivent tellement unir en volonté, que de deux il n'en soit plus qu'une, ils ne peuvent plus vouloir pour le regard l'un de l'autre, et ne

timents ne séparent leur foyer, même par un simple accord, pas davantage elle n'eût empêché les conjoints qui recouraient à ce remède de procéder à une séparation amiable de leurs biens.

§ 5. — La règle de nullité plie sous les exceptions commandées par les faits.

Comme cela était à prévoir, de même que le système élaboré au XII^e^ siècle n'avait pu contraindre les mœurs, dont il méconnaissait les aspirations légitimes, de même cette réaction excessive n'aboutit pas à faire disparaître une pratique dont le principe n'était pas condamnable, et dont par conséquent l'exercice, susceptible d'être soumis au contrôle judiciaire, ne pouvait sans abus être déclaré illicite. Les actes que nous avons cités, et les décisions éloquentes du Parlement de Provence, ont apporté la preuve du succès de ces pactes jusqu'à la fin de l'Ancien Droit (1).

peuvent plus estre remis en entier après la consommation du mariage, ny en tel estat qu'elles estoient auparavant iceluy ; mais aussi parce que ce contract est public et concerne non seulement ceux qui le font, mais la famille, la parenté, mesme l'Etat... Il ne leur est pas loisible, dis-je, de déroger à leur contract de mariage, ny faire quelque chose au préjudice d'ycelui, non pas mesme d'un mutuel consentement. »

Cette explication a été acceptée néanmoins par des auteurs modernes. V. KUNTZ, *Origine de l'art.* 1395 *c. c.*, dans *Revue générale du Droit*, 1883 et 1884 : « Pour nous cette source est dans le Droit canonique » (1884, p. 25). Malheureusement il n'apporte à l'appui de cette affirmation, et l'on en conçoit aisément la raison, aucun texte ; v. également THUILLIER, *op. cit.*, p. 102.

C'est en réalité dans une institution toute différente, bien antérieure à notre jurisprudence du XVI^e^ s., que s'est réalisée la véritable traduction de la conception chrétienne du mariage sur le terrain des biens. L'union indissoluble et si intime des époux, exprimée par l'image « duo in carne una » a trouvé son expression la plus parfaite au M.-A. en Angleterre dans le régime matrimonial de la « Common Law ». La confusion totale des biens y correspond, en effet, à la confusion des personnes : « Omnia quae sunt uxoris sunt ipsius mariti » (BRACTON. [† 1268] *De legibus et consuetudinibus Angliae* f° 32).

(1) On se souvient de cette déclaration citée plus haut due à l'auteur des notes sur FEVRET : « à l'égard de la séparation de corps, les parties l'exécutent sans s'amuser à plaider pour l'obtenir ».

RAVIOT sur PERRIER, *op. cit.*, t. II, quest. 251, observ. n° 4 : « Les séparations volontaires sont à présent plus fréquentes qu'elles n'étoient autrefois, soit que le luxe et la débauche, qui dans le siècle où nous sommes sont portéz à l'excès, inspirent ce désordre, soit que le dégoût

D'ailleurs, les Cours elles-mêmes furent obligées de reconnaître que la prohibition n'était pas absolue ; car cette disposition de droit privé, étant la conséquence d'une règle contingente dont le but était essentiellement social et politique, trouvait dans l'absence de toute nécessité éthique une cause de faiblesse et d'incohérence (1). C'est pourquoi les arrêts, qu'on aurait pu s'attendre à voir préciser, dans la diversité des espèces, l'unité profonde d'un système logiquement déduit d'un principe, furent pour la plupart motivés par des considérations de fait, et prononcés « sans tirer à conséquence, pour ce que quand pareille cause se présenteroit, [la Cour] jugeroit de même façon » (2). Néanmoins nous allons essayer de dégager les idées directrices de cette jurisprudence.

L'une des notions fondamentales de la pensée chrétienne s'était traduite dans le principe d'égalité entre les hommes ; aussi l'Eglise avait-elle reconnu à tous les fidèles un droit égal à invoquer ses lois. Si, passant de la société politique à la société conjugale, elle avait attribué au mari un légitime pouvoir de direction, néanmoins elle avait opéré dans la conception de la famille la même révolution que dans celle de l'Etat, en proclamant l'égale soumission des époux, sans distinction de sexe, à la loi du mariage (3). La séparation de corps avait été construite

qui n'est que trop ordinaire entre mari et femme, et qu'on avoit pudeur autrefois de manifester, les porte au divorce... Il est vrai qu'il y a des femmes incompatibles, mais on doit les supporter ; les maris n'ont-ils pas leurs défauts ? »

(1) L'immutabilité des conventions matrimoniales dont le but était la persistance des familles par la conservation de leurs biens, aurait dû être appliquée avec le plus d'exactitude aux époux qui tenaient dans l'Etat une place de premier plan ; mais les Parlements furent entraînés précisément par d'autres motifs à leur permettre des dérogations par acte privé.

(2) *Journal des Audiences*, t. I, liv. I, ch. 122, Arrêt du Parlement de Paris du 1er décembre 1626, déclaration faite par le Premier Président aux avocats après mise hors de Cour et de procès des parties, sur une action en nullité d'un pacte.

(3) Guy Coquille, *Annotations sur la Coutume de Nivernois*, ch. 24, art. 6... « la loi des Chrétiens défend à party pareil, tant à l'homme qu'à la femme, de ne paillarder point, et le péché d'adultère est de tant plus grand de la part du mary, parce qu'il est le chef, et doit à sa femme exemple de bien faire. Toutefois la femme adultère est punie plus aigrement et peut être poursuivie pardevant le Juge Lay, et y est observée pour la pluspart l'Auth. *sed hodie C. de adult.* »

On disait couramment dans ce cas que la femme était *authentiquée*.

conformément à ces principes, car pas plus que le droit n'accordait de faveur aux gens de qualité, pas davantage, il n'édictait pour l'homme de prérogatives qui fussent refusées à la femme.

Au contraire, le Droit Coutumier transforma cette institution en une source de privilège. L'épouse ne fut plus recevable à invoquer devant les juges l'adultère commis par son seigneur et maître (1), et les auteurs furent unanimes à déclarer qu'elle ne pouvait plus demander la séparation, que si la brutalité maritale faisait craindre pour son existence (2).

D'autre part, ce nouveau « droit commun » ne fut pas appli-

(1) Cl. de Ferrière, *op. cit.*, t. III, tit. 10, art. 224, glose 2, n° 24 : « Charondas... fait cette question : si la femme peut demander la séparation pour adultère commis par son mary ? Il rapporte un arrest... par lequel la Cour a ordonné la séparation. Depuis la Cour a jugé le contraire par d'autres arrests ».

Denisart, *op. cit.*, t. IV, v° *Sép.* n° 8 : Notre jurisprudence rejette les demandes fondées sur l'adultère du mari.

Pothier, ne craint pas d'invoquer, néanmoins, la tradition chrétienne dans ce sens : « Nous apprenons de saint Basile, qui vivait au IVe siècle, en son épître canonique à Amphiloque, canon IX ; que c'était un ancien sentiment, reçu par la coutume dans l'Eglise, qu'il y avait une différence entre l'adultère commis par la femme, et l'adultère commis par l'homme ; que Notre-Seigneur ne s'étant expliqué que sur le cas de l'adultère de la femme, en permettant au mari en ce cas de la répudier, cela ne devait pas être étendu à la femme... » « Domini sententia juxta sensus consequentiam aeque viris ac mulieribus convenit, quod non liceat a matrimonio discedere, excepta causa fornicationis, at vere consuetudo adulterantes viros, et qui in fornicationibus versantur, mandat a mulieribus retineri. » *Traité du contrat de mariage* (éd. Dupin, 1827), n° 488.

Aussi concluait-il, n° 516 : « les adultères commis par le mari ne peuvent servir à une femme de fondement pour une demande en séparation d'habitation ; les femmes ne sont pas admises dans les tribunaux à la preuve de ces faits... il n'appartient pas à la femme, qui est une inférieure, d'avoir inspection sur la conduite de son mari, qui est son supérieur. Elle doit présumer qu'il lui est fidèle, et la jalousie ne doit pas la porter à faire des recherches de sa conduite. »

Un arrêt du Conseil souverain de Roussillon de mai 1769 contenait une affirmation plus éloquente encore de cet état d'esprit. Guyot, *Rép.*, tome XVI, v° *Sép. de corps et d'habit.*, § 2.

(2) v. *supra*, p. 143, note 2.

Adde Pothier, *op. cit.*, n° 507 : [la femme] est obligée, dans le for de la conscience, à s'attirer par sa douceur et par ses complaisances les bonnes graces de son mari ; et si, en faisant tout ce qui est en son pouvoir, elle ne peut y réussir, elle ne doit opposer que la patience aux mauvaises manières de son mari, et même à ses mauvais traitemens : elle doit regarder cela comme arrivant par l'ordre de Dieu, et comme une croix qu'il lui envoie pour expier ses péchés. Cela ne doit pas l'empêcher d'aller, dans toutes les occasions, au devant de tout ce qui peut faire plaisir à son mari, et elle ne doit pas le quitter, à moins que les choses ne soient portées aux plus grandes extrémités.

cable à tous. Bourjon, par exemple, affirmait dans les termes suivants la diversité de la loi positive : « Quoique... la séparation d'habitation ne soit admise que lorsque la vie de la femme est en danger par les violences de son mari, il faut observer que de la part d'un *mari de haute condition, ou constitué en dignité*, les procédés inhumains, même les mépris marqués, sont suffisans pour la prononcer ; dans de telles personnes, ils annoncent clairement la violence des agitations intérieures dont les effets sont à craindre : effets qui forment une base légitime à cette séparation » (1).

Merlin, exprimant à son tour cette dualité de régime, se gardait cependant de la présenter comme traduisant une inégalité sociale, mais simplement comme réalisant une adéquation plus exacte des lois aux egixences propres des divers milieux :

« ...ce qu'on doit remarquer, c'est que de tels faits qui sont « insuffisans pour séparer des époux de la lie du peuple, prennent entre personnes d'un état plus ou moins relevé, un caractère de gravité qui peut devenir un moyen légitime de séparation. Les uns, nés dans la bassesse, ont contracté des mœurs « et un genre de vie conformes à leur état, accoutumés dès l'enfance à un langage grossier, les propos les plus outrageans les « trouvent presque insensibles ; les emportements d'un mari « brutal ne laissent aucune trace de ressentiments dans le cœur « d'une femme, et le calme le plus profond succède toujours à « ces orages passagers. Les autres, au contraire, élevés avec « tendresse et douceur au sein de l'opulence, sont délicats et « sensibles à l'excès ; pour eux rien n'est innocent, un geste, un « regard sont des outrages ; souvent un mot seul s'imprime et « se perpétue dans leur pensée ; ce sont moins les paroles que « l'intention qui les offense (2). »

Mais il est bien certain que cette conception qui, déjà à la veille de la période intermédiaire, annonçait notre jurisprudence, moderne (3), n'était plus celle qui avait commandé l'attitude

(1) Bourjon, *op. cit.*, t. I, tit. X, *De la communauté*, 5e p., ch. IV, sect. 2, nº 25.
(2) Dans Guyot, *op. cit.*, vº *Sép. de corps et d'habit.*, § 1.
(3) Paris, 16 nov. 1913, G. P. 1913.2.650 ; Cass. 26 janv. 1915, S.1917.1.79.

des Cours à l'origine de leur intervention. C'est, en effet, un véritable privilège accordé en considération de la classe sociale des parties, criterium purement objectif, qui apparaît dans la licéité reconnue par les Parlements aux pactes intervenus entre personnes de qualité. Le critère subjectif exposé par Merlin n'avait joué aucun rôle dans l'élaboration de cette exception.

La prohibition des séparations amiables est reconnue par Louet tout à fait raisonnable, car, prétend-il : « par la même légèreté que telles conventions se feraient, elles se déferaient : ce ne serait que tromperies ; aujourd'hui séparéz, réunis ensemble dès le lendemain, ce ne serait qu'une incertitude » (1). Ce qui ne l'empêche pas d'ailleurs de rapporter nombre d'arrêts ayant homologué des séparations consensuelles ; mais toutes ces décisions présentent un caractère commun, révélé par le nom seul des parties. La première fut rendue entre Messire Mathurin de Montalais, sieur de Chambelai, et Dame Anne le Voyer sa femme ; une autre le 12 décembre 1614 entre Messire Isaac de la Rochefoucault, baron de Montendre, et Dame Hélène de Fonseque son épouse ; une troisième le 14 août 1621 entre Messire Maximilien de Béthune, marquis de Rosny, et Dame Françoise de Créquy ; une autre encore le 9 juillet 1627 entre Messire Alexandre de Levi, marquis de Mirepoix, et dame Louise de Béthune. Le 4 juin 1644 encore, sur instance entre Dame Catherine de Lumagne et Messire Georges de Quenel son mari, le Parlement de Paris, confirmant ses arrêts précédents, homologuait une « transaction passée entr'eux pardevant Notaires de l'avis de leurs parens communs et conseils le 27 octobre 1632, portant séparation de biens et consentement que ladite Lumagne fit sa demeure et résidence où bon lui sembleroit, sans que sondit mari y pût former aucun empêchement, à la charge qu'il la pourroit voir et visiter quand il lui plairoit » ; et, en exécution de ladite convention, la Cour condamnait le mari à la restitution des deniers dotaux montant à quinze mille livres, et au paiement des intérêts (2).

(1) *Op. cit.*, p. 701.

(2) cf. Cl. de la Ville, *Ordre alphabétique ou dictionnaire contenant les principales maximes et décisions du Palais* (f° Paris, 1692), v° *Femme*, n° 4691 : Séparation volontaire entre M. de Broucé, maître des requêtes,

Il n'est pas jusqu'au Parlement d'Aix, qui n'ait consenti cette dérogation à la norme qu'il sanctionnait par des châtiments corporels ; car le même auteur nous rapporte un arrêt par lequel en juin 1628, il homologuait lui aussi un pacte de séparation convenu entre Monsieur le Maréchal de Crequy et Dame Françoise de Bonne de Lesdiguières, son épouse (1).

Cette attitude respectueuse des Cours à l'égard des familles qui étaient l'honneur et le soutien de la Cité n'était pas en soi critiquable ; car non seulement la raison invoquée pour la justifier était tout-à-fait concluante, mais même elle était de nature à emporter la prohibition toute entière. Il n'est pas, en effet, que les personnes de qualité qui aient un intérêt valable à ce que « les caprices, fribuscules et divisions, qui surviennent en leur mariage ne soient point divulguées par une longue contestation et une enquête, y ayant espérance que le tems réunira leurs esprits divisez » (2).

Il résulte de là que les actes de séparation volontaire étaient *ab initio* regardés comme valables, ou bien frappés de nullité, suivant la classe sociale à laquelle ressortissaient leurs auteurs ; mais la jurisprudence ne devait pas s'en tenir à ce premier tempérament.

* * *

Les auteurs ne manquèrent pas de proclamer que l'immutabilité des conventions matrimoniales était une règle d'ordre

et la Dame son épouse, a esté confirmée le jeudy 26 janvier 1662 à la Grand Chambre.

(1) Bouvot, *op. et loc. cit.* (éd. 1623) écrivait, blâmant cette attitude : « le Parlement de Bourgongne n'a oncques homologué aucun contract de séparation entre mari et femme ». Toutefois plus tard, Raviot (sur Perrier, *op. cit.*, quest. 251, obs. 65) signalait un arrêt du 15 décembre 1644 confirmant une sentence du baillage de Dijon, qui ayait décidé en faveur des héritiers du mari contre sa veuve que telle séparation devrait avoir effet.

(2) Brodeau sur Louet, *op. cit.*, p. 707.

Cf. Valin, *op. et loc. cit.*, n° 32 : « Quel que puisse être le motif de la séparation volontaire, c'est-à-dire quoique les parties en soient venues à tel point qu'elles ne puissent plus se supporter, on s'en tient toujours à la règle, et il n'y a d'exception à faire qu'en faveur des personnes dont la naissance ou le rang conseille d'éviter l'éclat. Alors on autorise les séparations par accord et transaction ; mais ces exceptions même ne servent qu'à confirmer la règle.

public, dont la violation devait être punie d'une nullité radicale (1). Il semble que par application de cette doctrine, ceux d'entre les pactes qui n'étaient pas soustraits à la règle du droit commun, n'auraient dû pouvoir retirer du décès d'une partie, ou du temps pendant lequel ils auraient en fait été respectés, aucune ratification effaçant leur vice initial. Cette conséquence paraissait commandée par le principe enseigné au Digeste : « Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere » (2).

Néanmoins les Cours, appelées souvent à statuer sur des situations de fait acquises depuis longtemps à la suite de telles conventions, firent à nouveau fléchir la rigueur des principes et créèrent une sorte de prescription contre l'action en nullité. Elles consacrèrent d'ailleurs, ce faisant, la solution par laquelle Du Moulin, dès le milieu du XVI^e^ siècle, avait prévu et résolu les difficultés de cet ordre.

Cet auteur, dans son commentaire sur l'article 104 de la Coutume de Paris rédigée en 1510, étudiant le partage par moitié des meubles et conquets, qui doit intervenir « quand l'un desdits conjoints ensemble par mariage va de vie à trépas », ajoutait au texte de l'article : « ni prius separati fuerint ». Et prévoyant aussitôt l'hypothèse d'une simple séparation de fait, il déclarait que l'épouse qui serait restée vingt cinq ans hors la compagnie maritale, et en possession de ses propres, ne laisserait à ses héritiers aucun droit à prétendre sur la communauté à l'encontre de son mari survivant. Il faisait donc produire à cette forme extrajudiciaire le même effet qu'à une décision régulière, et généralisant cette solution d'espèce, il proclamait : « *Diturnitas idem operatur quod sententia vel expressa divisio* » (3).

(1) V. *supra*, p. 140 note 3 et s.
Adde RAVIOT sur PERRIER, *op. cit.*, quest. X, arrêt de Dijon, 5 juin 1665.

(2) PAUL, D. L., 17, *de regulis juris antiqui*, XXIX.

(3) Ed. cit., t. I, tit. X, § 104 : Quid si voluntario divortii quisque seorsum diu mansit, sua pro libito administrans ? Ut quaedam mulier quae sic fuit per 25. annos extra societatem et domum mariti ; deinde ea mortua frater ejus le Vidasme petiit a viro dimidiam mobilium. Respondi ex quo sic diu separati fuerunt, dissoluta est communio et diuturnitas idem operatur quod sententia, *vel* expressa divisio.
Var. donnée par BRODEAU sur LOUET, p. 703, d'après le mss. de DU MOULIN : ... sententia *et* expressa divisio. Cet auteur ajoute « j'estime

Dans la pensée de Du Moulin, le long temps écoulé opérait une véritable ratification de l'acte initialement nul ; mais, comme il professait cette idée avant le triomphe de la règle d'immutabilité, la doctrine de l'époque postérieure ne le suivit qu'après certaines hésitations (3 *in fine*).

En réalité la question n'était pas aussi simple que l'avait énoncée le grand jurisconsulte, car la demande tendant à faire révoquer l'état de fait engendré par une séparation amiable, pouvait être intentée par divers ordres d'intéressés ; et il est évident que les arguments invoqués n'avaient pas la même valeur probante, suivant qu'ils étaient présentés par l'un des conjoints, ses héritiers ou bien ses créanciers. Il convient donc d'envisager successivement ces différentes hypothèses.

L'exécution du pacte par les contractants paraissait avoir le plus de chance d'être regardée par les Cours comme fin de non recevoir opposable à une telle demande, dans le cas où la mort avait rendu définitive la séparation des époux. En effet, si la destination des propres n'avait reçu aucune atteinte, si le partage des biens communs avait été loyal, ou si la femme avait renoncé sans fraude à la communauté, l'annulation du pacte, ne pouvant au surplus faire revivre le régime disparu, perdait sa raison d'être et ne pouvait que donner lieu à des difficultés inutiles.

La jurisprudence se fixa assez facilement dans le sens de cette solution, déboutant tour à tour le conjoint survivant, ou les héritiers du prédécédé, de leur action en nullité.

Jeanne Chenu ayant assigné son mari, Nicolas Guillaume, aux fins de séparation de biens, fut autorisée par le juge de Châlons, devant qui l'époux déclara consentir à la demande, à passer avec lui un contrat de séparation. Le même jour, 6 novembre 1603, fut rédigée une transaction aux termes de laquelle, le contrat de mariage étant déclaré nul et résolu, le mari restituait à sa femme tout ce qu'elle lui avait apporté, y compris les biens de ses enfants, dont il fournissait les comptes de tutelle, avec les revenus à partir du jour du dit contrat de mariage ; l'épouse de son

qu'en l'espèce proposée par Du Moulin, la demande du frère était juste, et que le mari pouvait aussi demander sa part et moitié des meubles et acquets laisséz par la femme ».

côté déclarait renoncer à la communauté. Durant dix-neuf ans les conjoints vécurent séparés. Mais en 1622, ayant appris que son mari était mort après avoir amassé de grands biens, Jeanne Chenu obtint des Lettres de restitution contre la transaction comme contraire aux bonnes mœurs et au droit public, et fit appel de la sentence d'autorisation qui l'avait précédée. Le Parlement de Paris, par arrêt rendu le 1er décembre 1626, conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Bignon, mit les parties hors de cours et de procès (1). Mais il apparaît bien que cette décision créait un droit nouveau, car encore en 1621 la Cour avait déclaré recevable le survivant à se pourvoir contre une séparation faite de son consentement (2), et d'autre part, le Premier Président croyait devoir atténuer la portée du revirement opéré par la déclaration restrictive que nous avons citée plus haut (3). C'est une considération d'équité qui avait entraîné la Cour à quitter la rigueur de ses précédentes décisions, car il semblait injuste que la femme, en rapportant à la masse les maigres acquisitions qu'elle avait pu faire en particulier, prétendît avoir la moitié des richesses gagnées par son mari, sans qu'elle lui eût apporté aucune aide pendant les dix-neuf ans de leur séparation.

Le 5 septembre 1635 le Parlement de Paris rendait un arrêt analogue, confirmant une sentence par laquelle une veuve obtenait paiement de 600 livres stipulées propres, et de 300 livres pour son douaire préfixe, contre les héritiers de son mari, en exécution des clauses d'un acte de séparation volontaire passé devant notaires en 1616 (4).

La jurisprudence parisienne gagna peu à peu les divers Parlements du Royaume. C'est ainsi que le Parlement de Metz, par un arrêt du 23 novembre 1637, mettait hors de Cour les parties sur une action en nullité de séparation consensuelle exercée par les héritiers de l'un des époux décédé (5) ; de même le Parlement de Dijon déboutait une veuve de sa demande tendant au même

(1) Bardet, *op. cit.*, t. I, liv. II, ch. 93, et *Journal des Audiences*, t. I, liv. I, ch. 122.
(2) Brodeau sur Louet, *op. et loc. cit.*, p. 703, arrêt du 6 juin 1621.
(3) *Supra*, p. 147, 2.
(4) Bardet, *op. cit.*, t. II, liv. IV, ch. 28.
(5) Corderon, *Plaidoyers*, § 26.

objet, par un arrêt du 15 décembre 1644 (1). Sur l'appel d'une sentence des maïeur et échevins de Lille, rendue le 11 décembre 1742, par laquelle une veuve, ayant signé avec son mari en 1735 un acte de séparation de biens, était admise à l'exercice des droits de son contrat de mariage, le Parlement de Flandre émendant la déclarait irrecevable dans ses prétentions (2).

L'arrêtiste à qui nous devons la décision de Dijon, la justifiait par le même argument d'équité que nous avons déjà rencontré, « la veuve ne doit avoir aucune part, disait-il, aux acquêts d'une communauté qui n'ont point augmenté par son travail ni par son économie ».

La préoccupation d'assurer une correspondance effective entre l'union intime des existences, et la copropriété du patrimoine constitué durant cette collaboration, affirmée déjà en 1619 (3), apparut tout à fait précise, et toute prête à se transformer en règle de droit, dans un arrêt du Parlement de Paris du 20 janvier 1672 (4). Sur requête présentée devant le juge Chatelain de Moulins, par laquelle Marie Rougnon, femme commune de Pierre Roy, poursuivait contre ce dernier une demande en séparation de biens et d'habitation, fondée sur ses mauvais traitements, les deux conjoints furent renvoyés devant leurs parents aux fins de sentence arbitrale. Celle-ci étant intervenue ordonna au mari de faire à son épouse une pension annuelle de 300 livres, et se trouva confirmée par décision du Sénéchal de Bourbonnais. Par la suite les parties restèrent séparées de 1647 à 1668, l'époux demeurant à Moulins et la femme habitant Paris. Lors du décès de Pierre Roy en 1668, il fallut procéder à la liquidation définitive de leur régime matrimonial ; le Sénéchal de Bourbonnais, par décision du 12 décembre de la même année, reconnut à la femme son droit sur la communauté jusqu'à la date de la séparation, mais la déclara déchue du surplus. Devant le Parlement, saisi par voie d'appel, contre les prétentions de la veuve qui arguait de l'inexistence juridique de la séparation, les héritiers du mari tentèrent de justifier en droit le bien fondé de la sen-

(1) Raviot sur Perrier, *op. cit.*, quest. 251, nº 65 et 67.
(2) Guyot, *Rép.*, vº *Sép. de biens*, § 3.
(3) *Infra*, p. 158, 1.
(4) *Journal des Audiences*, t. II, liv. XI, ch. 1.

tence attaquée. Ils firent valoir notamment que si le douaire, qui est une libéralité, doit être refusé à la femme qui n'assiste pas son mari jusqu'à sa dernière heure (1), cette disposition doit être étendue ac tanto magis à son droit éventuel sur la communauté, car ce droit ne peut s'acquérir qu'à titre onéreux « communi collaboratione »; ils affirmaient, en outre, que la femme qui quitte son mari doit être présumée renoncer par là-même à la communauté de biens : « quae corporis vitae consortio renunciavit honestiori, eo multo magis accendentem hinc fortunarumsocietatem creditur repudiasse. » Le Parlement, suivant les conclusions de l'avocat général Talon, confirma le jugement entrepris.

Si la jurisprudence avait ainsi renoncé à sanctionner aveuglément la règle d'immutabilité, et si, sur le simple prétexte que la séparation n'avait pas eu lieu par la voie contentieuse, elle refusait d'annuler les conséquences produites par des conventions, que leurs auteurs avaient exécutées jusqu'à leur mort, elle n'avait pas cependant érigé en exception, opposable dans tous les cas aux héritiers du disparu, cette sorte de prescription. Lorsque le pacte avait eu pour effet, ou pour but, de réaliser ce que précisément la prohibition avait pour objet d'empêcher, et spécialement s'il avait déguisé des libéralités défendues entre époux, la longue exécution du contrat illicite n'était plus opposable aux héritiers lésés. C'est ce que décida le Parlement de Paris dans un arrêt du 4 mai 1677 (2).

Antoinette Martin avait épousé Louis Macé en 1639 ; par la suite, se plaignant de sa mauvaise conduite, elle s'adressa au Juge du Mans pour être séparée d'avec lui. L'époux comparut devant le juge, se bornant à déclarer qu'il n'avait aucun moyen valable à opposer à la demande. Il fut alors donné acte aux parties de leurs dires, et décidé que la séparation accordée serait lue et publiée suivant l'usage de la province, et suivie d'un inventaire des biens de la communauté. En 1662, Louis Macé étant mort, ses héritiers firent annuler la sentence de séparation, et la veuve interjeta appel au Parlement. Devant la Cour les intimés conclurent à ce que la communauté fût déclarée n'avoir pris fin qu'au jour du décès du mari, et comprit toutes les acqui-

(1) Cout. de Normandie, art. 376 ; Cout. de Bretagne, art. 430.
(2) *Journ. des Audiences*, t. III, liv. IV, ch. 15.

sitions que la femme avait faites en son particulier. Leur moyen consistait à prétendre que la séparation avait permis à la femme de s'enrichir au détriment de la communauté, qu'elle était par suite frauduleuse comme ayant abouti à un avantage indirect. La Cour lui donna gain de cause.

Quand l'action judiciaire tendant à faire invalider le pacte avait pour adversaires les deux époux eux-mêmes, dont l'un se trouvait las d'être seul, ou voulait profiter de biens reçus par son conjoint, et dont l'autre au contraire, satisfait du modus vivendi, entendait respecter la convention conclue, il semblait difficile d'attendre du Parlement autre chose qu'une décision de nullité, et qu'une injonction de remettre les choses en l'état.

Bien qu'une séparation de fait eût duré quatorze ans, la Cour n'hésita pas le 13 juin 1619 à adopter cette attitude, et cependant les circonstances eussent pu l'incliner vers une solution d'équité. Pierre Cocquelet avait cinquante ans et Antoinette Memin seulement dix-huit, lorsqu'en 1598 ils décidèrent de s'unir par mariage. Sans doute l'affection n'était pas égale des deux côtés, car la jeune épousée se refusa à la consommation. Les parents réunis essayèrent en vain d'accorder leurs esprits, leurs efforts n'aboutirent qu'à une transaction consacrant la séparation, où l'épouse renonçait à la communauté, à son douaire et autres conventions, étant réservé néanmoins que le contrat de mariage produirait ses effets le jour où elle se déciderait à revenir à son mari. Quatorze ans s'écoulèrent de la sorte. Puis ayant ouï dire que Pierre Cocquelet était gravement malade, dans l'espoir de gagner en un instant tout ce qu'elle n'aurait pu obtenir qu' « en de longues années et par de grands travaux », accourant promptement avec sa mère, Antoinette Memin se présenta à son époux, agonisant, déclarant vouloir « doresnavant vivre avec luy en tout honneur, tout respect, toute obéissance et luy rendre tout service » ; à quoi le mari répondit « qu'il n'avoit plus besoin de femme, et qu'il serait mal séant d'un lit nuptial en faire un tombeau ». Ayant fait dresser acte de ses offres pardevant notaires, l'épouse se trouva déçue par le rétablissement de son mari. Elle fit alors une demande en justice pour faire casser la transaction. Par son arrêt la Cour décida

que les parties seraient remises « en tel et semblable état qu'elles estoient auparavant la transaction..., que l'intimée retourneroit dans la huitaine avec son mary, lequel seroit obligé de la recevoir et traiter maritalement ; lui adjugea son douaire et autres conventions matrimoniales, pour en jouir quand douaire auroit lieu, sans qu'elle pust néansmoins rien prétendre aux acquisitions faites depuis le jour de la passation du contract de mariage jusques au jour de l'Arrest » (1).

Il se présenta cependant des hypothèses telles que la jurisprudence dut entrer dans la voie préconisée par Du Moulin, et reconnaître au temps le pouvoir de consolider, même entre les parties, les séparations volontaires. Cette nouvelle concession était réalisée en 1631, car l'Avocat général Talon, dans une cause plaidée à cette date, s'il affirmait toujours l'interdiction de procéder par mutuel accord et consentement, reconnaissait toutefois que la sanction n'était plus pratiquement applicable, après de trop nombreuses années d'existence séparée. « En cette cause, disait-il, on n'a pas observé ces formalitez et solemnitez requises, mais ce qui s'est fait et passé depuis la sentence de séparation de biens [donnée du consentement des époux] pendant *vingt-six ans* entiers, la confirme suffisamment et suplée valablement à tout ce qui regarde ces défauts de formalitez. Après un inventaire, un partage actuel, une demeure et domicile séparés de vingt-six ans, une jouissance chacun de ses biens à part, une donation universelle de tous biens faite à ses enfants par l'appelante, il n'y a nulle apparence de casser la sentence de séparation de biens pour remettre les parties en communauté, parce que les choses se trouvent à présent à ce point de ne pouvoir plus être remises en leur entier. » (2) Le Parlement reconnaissant le bien fondé de ces observations, sur l'appel formé par la femme dans le but d'avoir part aux acquisitions faites par son mari, mettait les parties hors de Cour et de procès.

Par une appréciation souveraine des faits de la cause, la Cour avait pensé qu'une rupture maintenue depuis vingt-six années équivalait à un jugement. On aurait pu s'attendre à la voir pré-

(1) Bardet, *op. cit.*, t. I, liv. I, ch. 61.
(2) Bardet, *op. cit.*, t. I, liv. I, ch. II, et *Journ. des Audiences*, t. I, liv. II, ch. 92.

ciser dans ses décisions ultérieures, le temps qu'elle jugeait nécessaire pour obtenir cette ratification, et la voir enfermer dans un délai préfixe cette prescription acquisitive du statut régulier de conjoints séparés. Mais les auteurs cherchèrent en vain cette cristallisation de la jurisprudence. « Je n'ai point trouvé de règle, nous dit Lebrun, pour fixer quel est ce temps, dont la durée est suffisante pour que l'exécution d'une séparation couvre le défaut de son principe » (1).

Les Cours bornèrent donc leur rôle en cette matière à rendre des décisions d'espèces. Le 2 octobre 1711 le Parlement de Paris, réformant une sentence obtenue par défaut aux Requêtes du Palais, par une femme qui depuis *trente ans* vivait séparément de son mari, et par laquelle était déclaré nul le contrat de séparation daté du 12 décembre 1681, ordonnait que ladite transaction et séparation seraient exécutées selon leur forme et teneur ; et, en conséquence, faisait défenses à l'intimée de plus à l'avenir revenir en la maison de son mari et de l'y troubler, la condamnant en outre à l'amende ordinaire de douze livres et aux dépens (2). Le 20 août 1724 la Cour déboutait le comte de Rochefort de sa réclamation contre une sentence rendue de son seul consentement, par l'unique raison qu'elle avait été paisiblement exécutée durant *quatorze années* ; elle accueillait ainsi le moyen de la défense affirmant que si les contrats de mariage sont de droit public, et incapables de recevoir aucune atteinte par des conventions particulières, néanmoins la durée de la séparation supplée au jugement, bannissant toute idée d'avantages indirects et formant entre les conjoints un état fixe et irrévocable (3).

On se souvient que, par arrêt du 9 août 1752 (4) le Parlement avait décidé que la simple séparation de biens ne permettrait plus désormais aux conjoints de cesser de cohabiter. Le 12 janvier 1753 il fut sollicité de sanctionner la règle nouvelle. La dame Hatte ayant obtenu en 1721 une sentence de séparation de biens, s'était retirée de la maison de son mari, mais en 1752, la solitude manquant soudain d'attrait, elle demanda que celui-ci fût tenu

(1) *Traité de la communauté*, liv. III, ch. I, n° 5.
(2) *Journ. des Audiences*, t. VI, liv. I, ch. 45.
(3) Guyot, *Rép.*, v° *Sép. de biens*, § 3, p. 216.
(4) V. *supra*, p. 124, note 2.

de la recevoir. Le Chatelet l'ordonna ainsi par une décision par défaut ; mais le mari ayant fait valoir en appel la séparation de fait qui durait depuis plus de *trente ans*, le Parlement, infirmant le jugement attaqué, débouta la dame Hatte de sa demande (1).

Bien entendu, la transaction ne pouvait pas davantage être invoquée entre les conjoints, lorsqu'elle renfermait un vice qui eût fait annuler n'importe quel autre contrat, qu'elle n'était opposable aux héritiers lorsqu'elle contenait des avantages indirects en faveur de l'un des époux. Il en fut ainsi décidé par un arrêt du 27 mars 1708 à l'encontre d'une transaction qui était attaquée pour lésion (2). D'ailleurs, il n'est pas assuré qu'elle eût été confirmée sans cela, bien qu'une décision d'homologation fût intervenue sur requête le 27 avril 1700, car il ne s'était pas écoulé tout-à-fait dix années depuis sa conclusion devant notaire.

Il pouvait arriver que ni les parties, ni leurs héritiers (3), ne fissent aucune réclamation judiciaire contre le pacte de séparation. Les conséquences produites par l'accord des époux pouvaient alors paraître tout à fait stables, car le ministère public constitué près des justices laïques ne rangeait pas au nombre des délits la séparation de fait.

Néanmoins, si des créanciers antérieurs ou postérieurs à cette transformation du gage possédé par leur débiteur, se trouvaient soudain en présence d'un mari ruiné, ou d'une épouse ayant dilapidé ses biens par des actes de disposition (4) ; tandis que le

(1) Guyot, *op. et loc. cit.*, p. 222.

(2) *Journ. des Audiences*, t. V, IIe partie, liv. VIII, ch. 22.

(3) Il était possible aux héritiers d'agir parfois du vivant même des époux, ainsi dans une espèce jugée le 3 juin 1642. Les conjoints s'étaient séparés par convention en 1624 dans le but, permis par le Droit canonique, de suivre une vocation religieuse ; par cet acte le mari avait autorisé sa femme à disposer de ses biens et conclure tous contrats qui lui sembleraient bons. Aussi passa-t-elle par la suite des ventes avec rétention d'usufruit. Sa sœur ayant obtenu des lettres de rescision contre lesdits contrats, et l'acquéreur ayant fait appel, la Cour décida que les ventes étaient nulles. Bardet, *op. cit.*, t. II, liv. IX, ch. 25.

(4) Du moins là où ils étaient permis ; Coutume de Montargis (1531), ch. 8, art. 6 ; Cout. d'Orléans (1509 seulement), ch. 9, nº 171 ; Cout. de Sedan (1568), art. 17 ; Cout. de Dunois, ch. 16, art. 58 ; Cout. de Lorris, ch. 8, art. 6 ; Cout. de la Rochelle, art. 23 qui permet au mari de donner à sa femme une autorisation générale.

Dans le Duché de Bourgogne il était d'usage pour le juge, lorsqu'il prononçait une séparation de biens, d'autoriser la femme à contracter

conjoint contre lequel la créance n'était pas recouvrable avait gardé intacte sa part de communauté, n'était-il pas à craindre qu'ils ne fissent déclarer par jugement que le pacte ne leur était pas opposable, ou même que la séparation était complètement nulle ? On a été jusqu'à prétendre que la règle d'immutabilité avait été créée spécialement dans le but de sauvegarder leurs intérêts, que la possibilité de changer de régime par un acte privé eût exposé trop souvent à des accidents de ce genre (1). Mais cette théorie ne semble pas exacte, car la séparation de biens judiciaire, dont la publicité n'était prescrite que par quelques coutumes (2), valait contre les créanciers qui l'avaient ignorée (3) ; et, d'autre part, il eût suffi pour protéger efficacement les tiers contre une collusion frauduleuse des époux, d'assurer la publicité des pactes de séparation, sans aller jusqu'à prohiber de faire aucun changement dans les contrats de mariage (4).

L'action des créanciers était-elle recevable, tendant à la révocation d'une séparation volontaire ? N'ayant rencontré dans les recueils aucune décision résolvant cette question, nous ne pouvons que nous en référer aux dispositions des coutumes, et à l'opinion des auteurs.

Pour ce qui est des tiers dont la créance était née postérieurement à la séparation réellement effectuée, avertis de la dissolution de la communauté par l'habitation distincte des époux, leur prétention eût paru mal fondée à critiquer l'irrégularité d'une situation qui n'avait pu leur causer préjudice. Du Moulin, envisageant cette hypothèse, faisait bon marché de leur demande : « ...imo puto quod si voluntarie se separent, dum-

et aliéner comme si elle n'était pas mariée. RAVIOT sur PERRIER, quest. 251, nº 68.

(1) RENUSSON ajoute ce motif à celui de la conservation des biens, qui jusqu'alors était seul invoqué, *op. cit.*, 1re p., ch. IX, nº 9 : « On a voulu que la séparation de biens fût autorisée par justice... en second lieu, parce que la séparation de biens pourroit estre frauduleuse et faire préjudice aux créanciers du mari. »

(2) Cout. d'Orléans (1re rédac.), art. 189 (2e rédac.), art. 198 ; Cout. de Berry, tit. I, art. 48 ; Cout. de Blois, art. 3 ; Cout. de Dunois, art. 58.

(3) LE BRUN, *op. cit.*, liv. III, ch. I, nº 10 : « ...il seroit à souhaiter qu'il y eût un tableau des séparations, comme des interdictions ».

RENUSSON, *op. et loc. cit.*, nº 15.

(4) V. *infra*, art. 245 de la Cout. de Bruxelles qui renferme une illustration de cette proposition.

modo palam et realiter hoc exequatur, quod futuri creditores non possent contravenire ; alias vir et uxor cogerentur facere litem et sumptus, quod est absurdum : saltem respectu tertii in futurum » (1).

Pourtant Brodeau ne semblait pas admettre cette distinction, écrivant en règle générale : « les séparations ordonnées sans connaissance de cause, peuvent encore moins préjudicier *aux créanciers.* » (2)

En ce qui concerne ceux dont le titre était antérieur au pacte des époux, il semblait difficile de ne pas leur accorder le droit de le faire écarter s'ils se trouvaient lésés. Cette solution pouvait d'ailleurs résulter du texte formel des coutumes (3), ou des règles jurisprudentielles exigeant l'appel en cause des créanciers dans toute séparation de biens (4). Toutefois, Duplessis déclarait que la prescription que nous avons déjà vu jouer à l'égard des autres intéressés leur était opposable : « quand les conjoints se sont séparez volontairement, qu'ils ont demeuré et vécu séparément, faisant valoir chacun leurs biens pendant *plusieurs* années, ils ne peuvent, ni leurs héritiers, ni même leurs créanciers, prétendre aucun droit de communauté. » (5)

(1) Sur l'art. 110 de la Cout. de Paris, n° 3 : « Maritus et uxor non possunt se separare sine causae cognitione. Si se separent sine causae cognitione dici potest esse advantagium, et semel cum vir appellaret post 10 annos, informatum est de son mauvais mesnage, et sic par provision fut dit que la séparation tiendroit, tamen si causa est instructa, potest vir acquiescere, et sic valere posset le jugement de séparation : imo puto... ».

(2) Brodeau sur Louet, *op. cit.*, p. 703.

(3) *Cout. de Berry* (1539), tit. I, art. 49 : « Et seront les dites séparations de biens en jugement avec cognoissance de cause et inquisition sommaire d'icelles, bien que le mary et la femme les voulussent accorder volontairement, afin d'obvier aux fraudes que l'on pourroit faire par le moyen desdites séparations aux créanciers. »

(4) *Arrêt de règlement du Parlement de Rouen du* 30 *août* 1555 (à la suite de la Cout. de Normandie).

Raviot sur Perrier, *op. cit.*, quest. 251, observ. n° 52 : « ...pour faire une séparation de biens qui soit légitime, il faut que les créanciers du mari et de la femme soient assignez à personne ou domicile, lorsqu'ils sont connus, et les inconnus à cri public ; sans cette formalité la séparation est déclarée nulle, quand elle auroit été exécutée long-tems » (arrêt en ce sens du 17 nov. 1571, cité par Bouvot, *op. et loc. cit.*).

(5) Duplessis, *op. cit.*, liv. II, ch. 2.

* * *

Nous avons jusqu'ici considéré surtout la jurisprudence parisienne, nous bornant à montrer par la citation de quelques arrêts, que les autres Cours du Royaume avaient adopté des règles identiques ou très proches. Il est certain que les unes étaient plus sévères, et les autres plus libérales, dans l'application des principes de ce droit commun ; mais nous ne pouvions pas songer à marquer ces nuances, ni à suivre dans chaque ressort les variations de la jurisprudence locale. Nous devons rappeler, cependant, qu'une région importante était officiellement demeurée en dehors de cette construction coutumière, et avait conservé le système admis par les Olim-eaux, permettant aux époux de choisir entre la voie gracieuse, et même contractuelle, et la procédure contentieuse.

Ainsi dans la province de Flandre, soumise à la juridiction du Parlement de Douai, les pactes de séparation avaient la même efficacité juridique que les jugements prononcés par les tribunaux.

Dans la province voisine d'Artois, le Conseil relevait en appel du Parlement de Paris, mais, suivant la déclaration du 11 février 1686, à la charge d'y être « jugé de la même manière qu'il l'était ci-devant au Conseil provincial de Flandre séant à Gand » ; or nous savons que les relations conjugales y étaient régies par des lois analogues, et que même les simples séparations de biens y pouvaient être valablement décidées par contrat.

Nous rencontrons encore des témoignages de ce particularisme, plusieurs années après la chute de l'ancien Régime et le bouleversement de l'organisation judiciaire. Un arrêt de cassation du 6 Prairial an X statuait, par exemple, dans les termes suivants sur la valeur d'un contrat de séparation, conclu le 11 Thermidor an VII, et publié le 7 Vendémiaire, par des époux qui s'étaient mariés à Dunkerque sous l'empire de la Coutume de Bruges :

« Attendu... que si la jurisprudence de la majeure partie des « tribunaux de France, et l'opinion de la plus grande partie des « auteurs, étaient contraires à la validité des contrats de sépa-

« ration volontaire, on ne peut admettre comme violation de « loi, un moyen fondé sur la non observation de cette jurispru- « dence, qui n'a pas été toujours et partout observée, et qui « ne l'a jamais été dans le ressort du ci devant Conseil d'Ar- « tois. » (1)

Faisant comme un dernier écho à cette liberté condamnée par le code, la Cour de cassation le 11 juillet 1809 refusait encore d'annuler un pacte de séparation passé devant notaire à Arras le 11 Floréal an VII (2).

* * *

Maintenant que nous sommes arrivé au terme de cette étude historique, si nous essayons de préciser quel était en définitive la position du Droit Coutumier concernant la séparation conjugale par consentement mutuel, nous sommes forcé de reconnaître que là où le Droit canonique n'avait émis que des solutions simples et générales, la discipline laïque, substituant aux préoccupations morales des considérations d'un autre ordre, aboutissait à un système complexe et irrationnel..

Dans cette matière ressortissant à l'organisation de la famille, l'Eglise avait légiféré pour l'humanité tout entière, les Parlements élaboraient des règles imprécises, diverses, et consacrant des inégalités. Ce qui était permis aux époux qui habitaient la Flandre, était déclaré illicite à l'égard des conjoints justiciables d'une autre Cour ; le droit commun, qui annulait les séparations volontaires, n'était pas applicable aux personnes que la naissance, ou le rang, distinguait du vulgaire ; la ratification, enfin, qui pouvait résulter du décès d'un époux ou du temps écoulé depuis la conclusion du pacte, était abandonnée à l'arbitraire du juge et laissait les parties et les tiers dans la plus grande incertitude, quant à la valeur juridique de leurs actes, et quant aux résultats d'une demande en justice. D'autre part, les auteurs, négligeant de coordonner les résultats de la jurisprudence dans une construction synthétique, et de définir la nature de la fin

(1) MERLIN, *Rép.* v° *sep. de biens*, sect. II, § 3, art. 1.
(2) S. 1810.1.83.

de non recevoir admise dans certains cas contre l'action en nullité, trouvaient plus simples de s'en tenir à la règle qui prohibait les séparations consensuelles, et de ne voir dans les décisions dissidentes que des mesures commandées par les circonstances (1). Mais, en prenant cette attitude, la doctrine dissociait en réalité le droit enseigné du droit appliqué, et refusait de rendre compte de la place qu'avait prise dans la vie juridique la pratique des actes de séparation conclus devant notaire (2).

L'enseignement le plus sûr de la double évolution dont nous avons suivi les phases dans la jurisprudence des Officialités, et puis dans celle des Parlements, c'est l'échec, consacré à deux reprises, du principe absolu obligeant les époux à se faire toujours un procès, coûteux, et révélant au public leurs discordes intimes, pour obtenir le droit de vivre séparés.

La troisième tentative que va réaliser le Code civil pour imprimer à la rupture de la vie conjugale le caractère forcé d'un litige judiciaire sera-t-elle plus heureuse ? Si les données du problème étaient restées les mêmes, on pourrait dès maintenant prévoir l'insuccès de cette contrainte vaine ; mais l'existence concurrente d'un divorce, dont l'obtention ne sera plus soumise, grâce à la complaisance des tribunaux, qu'à la formalité rapide et sûre d'un jugement d'expédient, ne viendra-t-elle pas enlever tout intérêt au « pacte », dont l'objet ne saurait dépasser la simple faculté de vivre séparés ?

(1) Merlin dans Guyot, *Rép.* v° *Séparation de corps*, § 2 : Ces exceptions [l'auteur vient de citer des arrêts ayant refusé d'annuler des séparations volontaires] n'ont été amenées comme on le voit, que par la singularité des circonstances, aussi l'on n'en doit pas moins tenir pour certain que l'autorité du juge est nécessaire pour imprimer à toute séparation de corps une validité capable de tranquilliser la femme qui a recours à ce remède extrême.

(2) Pothier, *Traité du Contrat de mariage*, n° 517 : « la femme ne peut obtenir la séparation d'habitation que par une sentence du juge, rendue en grande connaissance de cause. Un acte reçu par des notaires, par lequel une femme exposerait tous les faits pour lesquels elle demande la séparation, et par lequel le mari, de son côté, reconnaîtrait la vérité de ces faits, et consentirait par conséquent à la séparation, serait un acte absolument nul, qui ne produirait aucun effet. » — Des exceptions et des tempéraments accordés par les tribunaux il n'est pas question.

Appendice. — *La séparation consensuelle en Belgique avant le Code civil.*

L'exposé des systèmes juridiques relatifs à la séparation conjugale qui ont reçu application en France, des origines jusqu'à la fin de l'Ancien Droit, avait pour objet de faire connaître les précédents de notre Code civil, et pour intérêt de permettre une critique éclairée de ses dispositions. Aussi semblait-il naturel que nous arrêtions nos recherches aux frontières de notre pays. Mais, en réalité, ce programme sous-entendait une conception inexacte, superposant les frontières juridiques de la France à ses limites géographiques actuelles (1). Lorsqu'en 1804 Napoléon promulgua la codification du droit nouveau, il entendait soumettre à une loi identique les provinces réunies par la conquête sous sa domination. C'est ainsi que la Belgique, les Pays Rhénans, l'Italie et la Pologne, entre autres régions, furent désormais régis par les principes du Droit Français. Il est donc légitime de voir dans l'Ancien droit de ces nations, au même titre que dans nos coutumes, des précédents du Code Napoléon.

Pour ne pas allonger outre mesure ce développement historique, nous donnerons simplement quelques indications sur le droit qui était en vigueur dans les Pays-Bas Autrichiens, dont le territoire constitue aujourd'hui la Belgique. D'ailleurs, jusqu'à la fin du XVIII^e^ siècle, cette étude ne présente pas, semble-t-il, un intérêt particulier (2), car la jurisprudence ecclésiastique appliquée dans la Flandre autrichienne, ou le Brabant, n'était pas différente de celle qui s'était conservée dans la Flandre française. On peut citer à cet égard une sentence de l'Officialité de Malines du 25 juillet 1780, qui déclarait séparés des époux « quoad

(1) v. par ex. Du Moulin sur la Cout. de Paris, tit. I, *Des fiefs*, n° 2 : Consuetudo Parisiensum est caput omnium hujus regni et totius etiam Belgicae Galliae consuetudinum.

(2) Cependant la Cout. de Bruxelles rejetait expressément la règle d'immutabilité, art. 245 : « Les contrats de mariage, avec les conditions insérées, doivent être valides et sortir effet entre les mariés, leurs enfants et héritiers, si longtemps qu'ils ne sont dûment révoqués *par contrat*, testament ou disposition ; laquelle révocation se peut faire durant le mariage, *pourvu que par là ne soit fait aucun préjudice aux droits d'un tiers.* »

thorum, et cohabitationem et omnia conjugum obsequia », à la suite d'une convention passée entre eux sous seings privés le 15 juillet, et sur la base de laquelle le Conseil Souverain de Brabant décidait que leurs conventions matrimoniales seraient sans effet pour le passé et pour l'avenir (1).

On peut encore en mentionner une autre, également rendue à Malines le 13 décembre 1790, où sur requête des époux demandant conjointement d'être séparés, l'Official décidait : « omnibus attentis ac mature perpensis, decernimus, *de consensu partium*, inter illas divortium quoad thorum, mensam, cohabitationem et reliqua conjugum obsequia, donec spiritus sancti gratia reconciliari meruerint »; sentence qui fut publiée à Bruxelles par permission des magistrats de cette ville. Les parties avaient de même au préalable, par acte passé devant notaire, réglé les questions pécuniaires soulevées par leur détermination, le mari prenant à sa charge toutes les dettes existantes, et s'engageant à payer à sa femme une rente annuelle et viagère de 800 florins, celle-ci de son côté lui cédant tous les biens qui lui appartenaient (2).

Cependant Joseph II venait d'opérer par voie législative la réforme que la jurisprudence avait à elle seule réalisée en France depuis bientôt deux siècles. L'Edit du 28 septembre 1784 enlevait, en effet, au juge d'Eglise la connaissance des causes de séparation pour l'attribuer aux tribunaux laïcs. Le monarque philosophe se gardait néanmoins, à la différence de nos Parlements qui avaient transformé profondément l'institution elle-même, de changer le système en vigueur dont il précisait seulement les conditions par les dispositions suivantes :

« ART. 45 : La séparation volontaire de table et de lit ne « pourra avoir lieu que lorsque les deux conjoints, étant convenu « d'habiter séparément, se seront, en outre, préalablement enten- « dus et arrangés sur ce que chacun d'eux gardera de biens ou « d'effets, sans qu'à ce sujet il leur soit permis d'instituer une « procédure en règle, ni au juge de porter sentence formelle. »

« ART. 46 : Les conjoints étant d'accord sur ces objets, seront

(1) MERLIN, *Rép.* v° *Conventions matrimoniales*, § 2.

(2) Sous C. de Bruxelles, 15 févr. 1827. Pas. 1827, p. 64. cf. Trib. d'appel de Bruxelles, 11 ventôse, an IX, MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Sép. de biens*, § 1.

« tenus avant de se séparer, de se présenter en personne à leur « juge, pour lui affirmer simplement que c'est de leur franche et « libre volonté qu'ils se séparent mutuellement, et qu'ils sont « contens des arrangemens convenus entre eux, n'étant pas « nécessaire qu'ils fassent connaître au juge en quoi ces arran- « gemens consistent. »

« Pour éviter cependant que ces séparations ne se multiplient « trop, le juge n'écoutera pas les conjoints, s'ils ne lui produisent « un témoignage par écrit de leur curé, pasteur ou pope. »

« Art. 47 : A cet effet ils devront, avant que de se présenter « au juge, comme il est dit en l'article précédent, s'adresser « personnellement à leur curé, pasteur ou pope, lequel essaiera « d'effectuer la réunion de pareils époux, tant par de fortes re- « montrances sur le devoir de leur conscience, que par tous autres « moyens de persuasion ; et ce ne sera qu'après avoir employé « infructueusement cette voie, que le curé, pasteur ou pope leur « donnera un témoignage par écrit portant qu'il a fait tout son « possible pour les engager à se réunir sans avoir pu y parvenir ; « et s'il juge que dans les circonstances la séparation est conve- « nable et d'équité, il en fera mention dans ce témoignage. » (1).

Il est si vrai que ce système, loin de heurter les idées reçues sur le fond du droit, ne faisait au contraire que les confirmer, qu'on ne rencontre aucune allusion à ces textes dans les protestations, pourtant véhémentes et nombreuses que soulevèrent de la part du clergé les innovations du Souverain (2). N'est-ce pas en effet, le Chapitre cathédral de Liège qui, dès la parution de l'Edit, se plaignait des atteintes qu'il portait aux droits de l'Eglise, et rédigeait un long mémoire énumérant les différents chefs par lesquels il violait ses prérogatives (3). Or, il n'est nulle

(1) *Recueil des Ordonnances des Pays-Bas Autrichiens*, 3e série, t. XII, pp. 380-385 (édit. P. Verhaegen).

La réforme fut éphémère, car les différentes mesures législatives qui furent prises par Joseph II provoquèrent dans les Pays-Bas le soulèvement de janvier 1789, qui ne prit fin que lorsque l'Empereur Léopold, son successeur, fut revenu au *statu quo* par la déclaration du 16 mars 1791.

(2) E. Hubert, *Les Princes Evêques de Liège et les édits de Joseph II en matière ecclésiastique*, dans *Bulletin de la Commission Royale d'Histoire*, t. LXXXVII, pp. 109-190, et tirage à part (1923).

(3) Arch. de l'Etat à Liège. Fond Ghysels, farde nº 264 (Hubert, *loc. cit.*, annexe VIII).

part question dans ce document de la règlementation de la séparation de corps. Ne renouvelait-il pas encore ses doléances, quelques années plus tard, le 23 mai 1788 (1) ? Or, pas plus que dans le premier, il ne visait dans ce second mémoire les dispositions précitées. On est donc bien fondé à voir dans cette attitude une nouvelle preuve que le principe de la séparation consensuelle n'était pas condamné par les canonistes.

(1) *Eod. loc.*, annexe X.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT COMPARÉ

CHAPITRE PREMIER

INVENTAIRE SOMMAIRE DES LÉGISLATIONS QUI ACCUEILLENT LA SÉPARATION PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Un premier point peut donc désormais être considéré comme acquis : l'interdiction de la séparation amiable n'a pas toujours existé en France ; au contraire, cette institution a été avant le Code civil très largement pratiquée d'une manière valable et licite.

Nous allons maintenant aborder le second point de cette exposition : la séparation amiable n'est pas de nos jours prohibée partout ; au contraire, elle est reconnue légitime par de nombreuses législations.

Etant donné le but que nous poursuivons, nous ne saurions songer ici à exposer dans leurs détails toutes les lois étrangères au regard de la question qui nous intéresse. Puisque notre objet est de vérifier si une disposition contraire à la nôtre est pratiquement réalisable et souhaitable, il est évident que nous devrons laisser de côté celles qui lui sont semblables (1). Examinons par conséquent les autres.

(1) La jurisprudence allemande est analogue à la nôtre qui annule, comme nous le verrons, les pactes. Cf. *Entscheidungen des Reichsgerichts*, 29 mai 1905, IV, 26/05.

En vérité, le nombre des lois modernes qui admettent la séparation conjugale par consentement mutuel ne manquera pas de surprendre tous ceux pour qui le Code Napoléon paraît un prototype universel, car il est assez imposant, et déjà par lui-même il fait naître des doutes sur la nécessité de la règle qui est en vigueur en France.

A notre connaissance, et nos recherches n'ont pas été complètes, les pays qui accueillent cette institution sont les suivants : l'Angleterre, l'Autriche, l'Arménie, le Brésil, Costa-Rica, l'Ecosse, les Etats-Unis, la Hollande, l'Italie, l'Ile de Malte, le Mexique, la Norvège, la Pologne, le Portugal, la Suède, la Tchéco-Slovaquie et le Venezuela.

Devrons-nous alors étudier la séparation consensuelle dans ces divers pays ? Ici encore nous devrons faire un choix, car non seulement un tel travail serait fastidieux, à raison des répétitions qu'il provoquerait sans cesse, mais surtout l'exemple proposé ne saurait être pour nous concluant, qu'à la condition d'être appliqué chez un peuple voisin, où le contrôle des résultats soit facile, et où l'affinité des civilisations soit démontrée à l'évidence. Nous croyons d'ailleurs préférable d'exposer en détail deux systèmes seulement, répondant certainement aux conditions fixées, que de considérer de trop nombreux modèles, de portée très variable, étudiés, forcément d'une façon plus sommaire.

Nous écarterons donc les lois du Brésil (1), du Mexique (2) et de l'Arménie (3), à raison des difficultés d'examen de leur application causées par l'éloignement. Les lois de l'île de Malte (4),

(1) Loi du 24 janvier 1890 (c. c. art. 318) qui admet la séparation par consentement mutuel moyennant l'homologation du tribunal (*Ann. de législ. étrangère*, 1897, p. 339).

(2) Comme dans les autres pays hispano-américains, le divorce est inconnu au Mexique ; par contre la séparation peut être obtenue par consentement mutuel après deux ans de mariage, par jugement prononcé après deux tentatives de réconciliation restées infructueuses (R. DE LA GRASSERIE, *Résumé du c. c. mexicain*, 1895, p. 35).

(3) V. infra, III[e] Partie, Ch. 3, note 69.

(4) Une ordonnance de 1873 (n° 1) réglemente en détail l'organisation de la séparation de corps, qui peut être obtenue soit sur une demande unilatérale pour des causes déterminées, soit par le consentement mutuel des époux. Art. 42 (CLÉMENT BILLET, *Les lois civiles de Malte traduites et annotées*, p. 12 et suiv.).

ART. 71 : La séparation de corps pourra résulter du consentement

ou de Costa-Rica (1), ou même du Portugal (2), peuvent être intéressantes, néanmoins elles régissent une population trop

mutuel des époux donné par acte public, avec autorisation de la Cour. Avant d'accorder l'autorisation la Cour avertira les parties des conséquences de la séparation et s'efforcera de les réconcilier.

ART. 72 : La Cour, en autorisant la séparation, indiquera dans sa décision les mesures relatives à la garde des enfants et, pour le plus grand avantage de ceux-ci, pourra toujours révoquer ou modifier les dispositions qu'elle aura prescrites.

ART. 73 : Toute convention des époux concernant la garde des enfants pourra toujours être annulée par la Cour compétente lorsque leur intérêt l'exigera, à la demande de l'un des époux, ou d'un parent de celui qui serait dément, absent ou interdit. En ce cas la Cour décidera à qui la garde des enfants devra être confiée, et déterminera la manière dont ils devront être entretenus et élevés.

ART. 74 : La femme séparée par consentement mutuel pourra ester en justice, administrer ses biens, disposer de ceux non dotaux, pourvu que l'acte de séparation ne contienne pas de stipulations contraires, ou que la Cour, en donnant l'autorisation, n'en ait pas autrement ordonné, dans l'intérêt de la femme ou des enfants.

ART. 75 : La séparation de corps par consentement mutuel ne produira d'effet à l'égard des tiers,qu'à partir du jour où le contrat aura été inscrit sur le registre public.

ART. 76 : Les époux séparés soit par jugement, soit par consentement mutuel, peuvent toujours se rapprocher, et ainsi faire cesser en tout, ou en partie, les effets de la séparation, sauf toutefois les droits acquis par les tiers.

ART. 77 : Le seul fait de la cohabitation volontaire établit le rapprochement, et fait revivre l'obligation de reprendre la vie commune, et de fournir les aliments. Quant aux autres effets de la séparation, ils ne cessent qu'en vertu d'un contrat établi par acte public.

ART. 78 : Ce contrat peut être établi après que les époux ont repris la vie commune ; mais dans ce cas, il doit être fait en vertu d'une autorisation de la Cour, à peine de nullité.

ART. 79 : Dans tous les cas, les effets de la séparation ne cessent vis-à-vis des tiers, qu'à partir du jour où le contrat a été inscrit sur le registre public. »

Dans l'Ile de Malte le régime de droit commun est la communauté réduite aux acquêts, mais il est loisible aux époux de stipuler par contrat une séparation de biens absolue, soit avant,soit après le mariage, pourvu que ce contrat soit dument inscrit au bureau du registre public (*Ordonnance n° 7 de* 1868, art. 944 et s.).

(1) Le Code civil, promulgué le 20 septembre 1886, déclare par son art. 91 que la séparation de corps peut être prononcée du consentement mutuel des époux, sous certaines conditions fixées par l'article 92 ainsi conçu : « La séparation par consentement mutuel ne pourra être demandée qu'après deux ans de mariage ; — les époux qui la demanderont devront présenter au juge une convention passée en acte public, relativement aux points suivants : 1° A qui seront confiés les enfants issus du mariage, 2° A la charge duquel des époux seront l'alimentation et l'éducation des enfants, et, si cette obligation doit peser sur l'un et l'autre des époux, dans quelle proportion elle sera répartie, 3° Quelle pension le mari devra payer à sa femme, si celle-ci n'a pas personnellement des rentes suffisantes pour parer à ses besoins. Ils devront au surplus présenter un inventaire de leurs biens, et une convention quant à leurs droits respectifs.

(2) Décret n° 4431 (30 mai 1918), *Diario do Governo* n° 135 (20 juin),

restreinte pour que l'expérience qu'elles réalisent soit probante pour un Etat plus vaste.

Nous ne pourrons pas retenir les législations hollandaise (1),

(1) La séparation de corps et de biens par consentement mutuel est l'objet d'une réglementation complète par le Code civil hollandais.

Le principe est formulé dans l'ART. 291, qui autorise les époux dont le mariage a duré au moins deux ans, à présenter une demande conjointe devant le tribunal de première instance de leur domicile, sans qu'il soit nécessaire d'exposer dans la requête les motifs de leur détermination.

La procédure est réglée par les art. 292 à 296 et 302. Avant de présenter leur demande, les époux doivent stipuler dans un acte authentique : 1° toutes les conditions de la séparation relatives à leur propre personne et à l'exercice de la puissance paternelle, 2° celles concernant les soins et l'éducation à donner aux enfants (ART. 292). Cet acte authentique doit obligatoirement être joint à la requête (ART. 293). Les conjoints doivent comparaître ensemble et en personne devant un ou plusieurs membres du tribunal, qui leur font les représentations convenables ; s'ils déclarent persister dans leur volonté de se séparer, il leur est prescrit de se représenter devant le tribunal à l'expiration d'un délai de six mois. Lors de cette seconde comparution, le tribunal tente une nouvelle réconciliation ; si les époux persévèrent dans leur résolution, le tribunal doit surseoir à statuer durant une nouvelle période de six mois (ART. 294). Alors seulement, après avoir entendu les conclusions du ministère public, les déclarations des époux, et celles de leurs plus proches ascendants dûment cités, le jugement est rendu (ART. 295). Si la demande est rejetée, les époux peuvent se pourvoir en appel dans le mois qui suit le jugement (ART. 296), si au contraire elle est accueillie les effets de la séparation seront ceux déterminés par la convention (ART. 302).

Toutes ces mesures sont destinées à démontrer la volonté bien arrêtée des parties, et à éviter des séparations qui seraient l'effet d'un mouvement irréfléchi et peu durable. Mais il est souvent difficile aux juges de faire aux conjoints des observations utiles et efficaces, et d'obtenir une réconciliation, car ils peuvent ignorer les véritables motifs de la demande.

Suivant C. ASSER (5e éd., 1923, p. 362 et s.) la décision de rejet de la requête ne pourrait se fonder que sur la teneur de l'acte authentique qui s'y trouve annexé, par exemple si certaines de ces clauses étaient contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou si elles consacraient un préjudice au détriment des enfants, ou de l'un des époux ; mais il serait défendu au tribunal d'examiner si la demande de séparation elle-même est fondée, car en principe il en ignore les causes. Cependant d'autres jurisconsultes, se basant sur les termes de l'art. 291, qui décide que le tribunal *peut* accorder la séparation, professent une opinion contraire.

La séparation de corps emporte la séparation de biens et le partage de la communauté (ART. 298); elle suspend le pouvoir du mari d'administrer les biens de sa femme, pouvoir qui fait retour à celle-ci, à laquelle le tribunal peut, en outre, accorder l'autorisation générale de disposer de ses meubles (ART. 299) ; la séparation de biens n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement des mesures de publicité (ART. 300). Sont en outre applicables les articles 265 à 275 et 277 à 286 qui concernent les effets du divorce, et qui règlent le statut des biens et les pouvoirs des juges à l'égard des enfants.

On sait par ailleurs que le Code civil hollandais établit comme régime de droit commun la communauté universelle, dont les époux ne peuvent

norvégienne (1), suédoise (2), et du Venezuela (3), parce qu'elles autorisent la conversion en divorce de la séparation obtenue par consentement mutuel, et que nous n'avons pas pour but l'extension du divorce.

Nous ne retiendrons pas non plus la législation polonaise, car la codification nouvelle n'est pas encore achevée (4).

Restent alors en présence les lois de la Grande-Bretagne, de l'Italie et de l'Autriche, car, d'une part, la Tchéco-Slovaquie n'a fait que garder le système autrichien, et, d'autre part, les Etats-Unis et l'Ecosse connaissent un régime très analogue à celui qui est pratiqué en Angleterre ; soit deux pays de formation catholique et un où la législation est d'inspiration protestante. A raison du principe actuel de notre droit public qui proclame la neutralité absolue de la loi civile, la confrontation de ces deux tendances nous semble s'imposer, afin que les éléments d'origine spécifiquement confessionnelle de l'une et de l'autre apparaissent dans leur désaccord, et que leurs conclusions communes apportent sur ce point toute garantie à un législateur laïc.

Nous exposerons donc dans les pages qui vont suivre les dispositions qui régissent la séparation consensuelle en Grande-Bretagne, d'une part, et en Italie, d'autre part, préférant cette dernière nation à l'Autriche (5), à raison du rapprochement

s'écarter par leur contrat que dans d'assez étroites limites. D'autre part, chose remarquable, qui prouve combien notre ancien droit avait abusivement étendu les effets de la règle d'immutabilité aux rapports personnels des époux, la séparation de biens principale par consentement mutuel est interdite en Hollande (ART. 241), et si après une séparation, les époux décident de rétablir la communauté, ils doivent rétablir strictement les clauses de leur premier contrat dans un acte authentique, à peine de nullité (ART. 251 ET S.).

(1) Loi du 31 mai 1918.

(2) Loi du 11 juin 1920, art. 1er : « Les époux qui, à raison d'une mésintelligence profonde et durable, estiment ne pas pouvoir continuer la vie commune, peuvent, s'ils sont d'accord, obtenir du tribunal un jugement prononçant la séparation de corps ».

L'art. 3 prévoit la conversion sur demande de l'un ou de l'autre des conjoints, au bout d'un an.

(3) Art. 196 du C. c. ; conversion en divorce possible après 5 ans.

(4) Loi du 23 juin 1825, art. 66-73, réformant le livre I du Code Napoléon.

(5) Le code civil autrichien de 1811 accorde la séparation de corps aux conjoints, soit pour des causes déterminées, soit en considération de leur consentement mutuel.

Jusqu'à la loi du 31 décembre 1868, les grandes lignes de l'institution

plus étroit des deux peuples, et de la présence en France d'un nombre considérable de ressortissants italiens qui peuvent, au

étaient inspirées de la patente de Joseph II, dont nous avons rappelé plus haut l'application dans les « provinces belgiques » (v. *supra*, p. 167). En effet, l'ARTICLE 104 obligeait les époux à se présenter à leur directeur de conscience, et à lui faire connaître les motifs de leur désaccord ; celui-ci devait par trois fois, leur montrer les graves inconvénients de leur projet, et, seulement si ces tentatives restaient infructueuses, leur délivrer un certificat constatant leur volonté mutuelle bien arrêtée.

Depuis cette époque le recours préalable au ministre du culte n'est plus obligatoire, mais si les époux s'en sont dispensés, la triple tentative de conciliation est faite par le tribunal lui-même, avec une semaine d'intervalle après chaque tentative, à l'expiration duquel délai, il dresse procès-verbal du résultat (ART. 103).

Si les conjoints persistent dans leur désir, ils présentent au tribunal une demande à cette fin, accompagnée du certificat, ou procès-verbal, exigé par la loi ; et les juges, sans pouvoir s'informer des motifs de la rupture, prononcent la séparation de corps sur l'affirmation des parties attestant leur accord sur tous les points.

S'il existe des enfants les mesures nécessaires sont fixées par le tribunal (ART. 105). En ce qui concerne les conventions relatives aux biens, ainsi qu'à la garde et à l'entretien des enfants, l'époux mineur ou interdit ne peut y procéder seul, mais doit être assisté de son représentant légal (ART. 106). Les époux peuvent laisser subsister leurs conventions matrimoniales, ou y apporter les modifications opportunes ; les juges ne peuvent pas modifier le pacte (ART. 1263). VON STUBENRAUCH. *Commentar zum österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, p. 1936.

Par contre, tout accord purement privé est nul (ART. 93) ; ce qui n'empêche pas d'ailleurs les époux de se dispenser souvent de l'observation des formalités judiciairs. PFAFF-KRAINZ, *Ehrenzweig System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (1915-1917) II p. 72).

En Autriche comme en Italie, nous le verrons, la séparation consensuelle l'emporte de beaucoup dans la pratique sur la séparation contentieuse. Ainsi dans les années 1892 et 1893 le nombre des séparations consensuelles a représenté 76,5 % et 74 % du total des séparations de corps accordées.

Années	Séparations contentieuses	Séparations consensuelles	Total
1883	253	363	616
1884	344	312	656
1885	372	282	654
1886	172	498	670
1887	149	522	671
1888	183	488	671
1889	203	499	702
1890	191	511	702
1891	216	551	767
1892	182	595	777
1893	208	593	801

surplus, invoquer leur loi nationale devant les tribunaux français.

Nous ne limiterons pas cet exposé à l'énoncé de la seule organisation de la mesure étudiée. Il existe, en effet, entre les différentes parties d'une même législation une interdépendance qui fait que certaines règles d'une institution, telle la séparation, peuvent être uniquement commandées par des principes relatifs à une autre matière, tel le régime des biens entre époux. C'est ainsi que la règle d'immutabilité a provoqué dans notre ancien droit coutumier la prohibition des pactes amiables.

CHAPITRE II

LA SÉPARATION CONSENSUELLE EN DROIT ITALIEN

Il existe entre les lois françaises et les lois italiennes une parenté certaine. Non pas qu'elle soit due à une longue tradition qu'eussent pu rendre possible la communauté d'origine et le rapprochement des deux races ; au contraire, elle est relativement récente.

Le Code Napoléon reçut application en Italie à la suite des conquêtes impériales (1). A la différence de la Belgique où cette œuvre, universellement admirée durant près d'un siècle, demeura en vigueur, l'Italie s'est donné plus tard un code national (2). Mais la connaissance du droit Français, et l'autorité dont jouirent au delà des Alpes les plus grands de ses exégètes, ne laissèrent pas d'y inspirer nombre de dispositions. La parenté n'est d'ailleurs pas absolument étroite, car les législateurs de 1865 surent opportunément se dégager d'un prototype législatif, qui malgré tout rendait compte de traditions particulières, pour s'attacher aux précédents locaux, ou même apporter au modèle les réformes jugées désirables.

Un témoignage remarquable de cette critique intelligente apparaît dans le rejet du principe affirmé par notre article 307, condamnant la séparation conjugale par consentement mutuel.

(1) Il fut promulgué le 20 mars 1804 dans les anciennes provinces du Piémont, devenues les départements français du Pô de la Doire, de la Stura, de la Sesia et de Marengo ; le 23 septembre 1805 dans l'ancienne Ligurie et dans les Duchés de Parme et de Plaisance ; le 16 janvier 1806 en Lombardie ; le 1er janvier 1809 dans le Royaume de Naples ; le 14 janvier 1812 enfin à Rome.

(2) Le code fut promulgué le 25 juin 1865, et mis en vigueur le 1er janvier 1866.

Le droit italien admet donc la validité des séparations consensuelles entre époux. Quelles conditions la loi apporte-t-elle au jeu de cette institution ? Quels effets lui fait-elle produire ? Comment se comporte-t-elle dans les mœurs ? Autant de questions dont la solution nous sera un précieux enseignement. Mais, avant que de les poser, ne convient-il pas de décrire le milieu juridique et moral dont elle reflète les tendances et dont elle ne saurait être détachée *in abstracto*, sans exposer peut-être l'interprète à des conclusions inexactes ou exagérées.

§ 1. — Aspect général du Droit de famille : nature du mariage et rapports entre époux.

Le Droit de famille sous-entend forcément des idées morales, où il puise les principes de sa construction. Selon que le mariage, acte qui constitue la famille, sera conçu comme tendant uniquement à la réalisation du bonheur individuel, ou bien à la satisfaction de nécessités sociales, ou encore au respect de préceptes religieux, ou même à un compromis entre ces finalités différentes, il est évident que sa réglementation juridique ne sera pas la même.

En Italie, comme en France, le mariage est régi par la loi civile, et soumis à la juridiction laïque (1). Mais tandis que le législateur de 1804, imprégné de la philosophie individualiste du XVIII[e] siècle, refusait de renouer avec la tradition canonique

(1) Cette proposition n'est plus entièrement exacte depuis le *Concordat du 7 juin* 1929, par lequel l'Italie est revenue en cette matière à la législation canonique, lui faisant produire effet au civil, et a reconnu la compétence des tribunaux ecclésiastiques dans certaines matières.

L'art. 34 dudit concordat dispose en effet : « L'Etat Italien, voulant redonner à l'institution du mariage, qui est à la base de la famille, une dignité conforme aux traditions catholiques de son peuple, reconnaît au sacrement de mariage, réglé par le Droit canonique, les effets civils... ; 4° Les causes concernant la nullité du mariage et la dispense du mariage ratifié et non consommé, sont réservées à la compétence des tribunaux et des décastères ecclésiastiques ». Pour le surplus voir la loi du 27 mai 1929 et l'exposé des motifs de Mussolini sur le Concordat.

Mais nos développements concernant la période antérieure à cette date, nous n'avons pas eu à tenir compte de cette réforme ; d'ailleurs rien n'a été changé en matière de séparation. V. suprà, p. 108.

brisée par la Révolution, et repoussait le principe d'indissolubilité ; le législateur Italien, se gardant de toucher à la conception fondamentale du lien entre époux, limitait son action à une revendication de compétence (1).

Cette attitude n'était pas la conséquence de préoccupations religieuses. Le ministre Pisanelli, présentant au Sénat le projet du premier livre du Code civil, affirmait en effet l'indépendance absolue de la législation civile, dont le seul fondement devait être l'intérêt social. « Eglise libre dans un Etat libre, ajoutait-il, c'est là désormais un axiome de notre droit public » (2) Le maintien de la règle antérieure s'expliquait simplement par l'absence d'une cause de réforme. Les idées répandues par l'Encyclopédie n'avaient pas eu en Italie le même succès qu'en France ; l'opinion publique n'avait pas été remuée en faveur du divorce. Les jurisconsultes étaient convaincus de l'utilité sociale de la perpétuité du mariage. Les sentiments populaires, enfin, étaient favorables au respect de la tradition, car les dispositions du Code Napoléon relatives au divorce étaient demeurées lettre morte, durant le temps où ce Code avait reçu application.

Sur le plan de la technique juridique, les auteurs inspirés de Rousseau, qui voyait dans la Société un grand contrat social, avaient reconnu dans cette société plus restreinte qu'est l'union conjugale, également un simple *contrat* ; ils en avaient déduit avec logique la faculté de résolution au gré des parties. Les législateurs italiens, demeurés étrangers à ce mouvement d'idées, analysèrent le mariage sur le terrain civil en toute indépendance de système, et, rejoignant Cicéron par delà des siècles d'enseignement de mariage-sacrement, ils proclamèrent sa nature *d'institution* socialé (3). Pisanelli affirmait déjà au Sénat : « Le ma-

(1) Stolfi, *Diritto Civile*, vol. V, *Diritto di famiglia* (Turin, 1921), nos 28-29.

(2) *Raccolta dei Lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia* (vol. I, Palerme et Naples, 1866), p. 21.

(3) Stolfi, *op. cit.*, n° 25 s. — *Essence du mariage*, n° 35 : « Comme on l'a remarqué, les jurisconsultes de Rome n'ont jamais parlé de contrat de mariage, mais de « consortium omnis vitae » et de « seminarium rei publicae » ; de telles définitions montrent qu'ils reconnaissaient que le mariage ne pouvait être mis sur le même plan que les autres contrats, tout en étant compris dans la catégorie générale des conventions. Le

riage, fondement de la famille, est... une haute institution sociale qui doit tomber sous les prescriptions de l'Etat ». Mais l'exposé doctrinal et la justification de cette théorie devaient être données au Sénat, le 26 juin 1864, par Vigliani rapporteur du projet, dont la déclaration, à raison de son importance capitale, mérite d'être transcrite ici malgré sa longueur. « Ce projet « exclut tout à fait, disait-il, l'idée du divorce, c'est-à-dire la « dissolution du lien du mariage, non pour des motifs religieux, « mais pour des motifs dictés par l'intérêt de la Société... La « mort seule peut briser le nœud qui relie les époux, leur consen- « tement mutuel lui-même n'est pas capable de le rompre. Les « défenseurs du divorce font habituellement une objection que « la Commission ne doit pas laisser sans réponse, non à cause de « son poids, mais parce qu'elle est couramment exprimée. On « fait d'ordinaire remarquer que l'indissolubilité du mariage « est un effet indiscutable de son caractère religieux, et qui « ne saurait découler d'un acte purement humain et de nature « contractuelle. C'est, en effet, un principe certain du droit civil « que les obligations créées par le consentement des parties « peuvent également se dissoudre par leur consentement mutuel. « De là on déduit que la loi civile ne peut dissocier le mariage « du divorce, sans tomber dans la contradiction d'admettre le « principe du divorce et d'en refuser les effets. Cette argumen- « tation ne résiste pas à un examen sérieux.

« En premier lieu, s'il est vrai que le mariage a été déclaré

mariage, en effet, réalisait et réalise non seulement les fins individuelles de la vie commune, mais constituait et constitue la base de l'organisation de la Société civile ; c'est pour cela que l'Etat, indépendamment de la sanction morale que le mariage reçoit de la religion qui en fait un acte religieux, a senti le besoin de fixer les conditions de son existence et de sa validité, en le regardant comme un acte civil. Bien qu'une telle évolution soit totalement accomplie en Italie, on a vu s'accentuer plus et mieux qu'à Rome à cause des fins individuelles, sociales et étatiques, qui président au mariage, la conception de son indissolubilité qui fut surtout l'œuvre de l'Eglise. Nous pouvons donc affirmer que nous nous trouvons en présence d'une grande institution sociale, qui de plus est une institution juridique destinée à la réalisation des fins individuelles et sociales les plus importantes. C'est pour cela que l'Etat en a fait une institution laïque tout à fait distincte de l'institution religieuse, et lui a donné une réglementation bien plus rigoureuse que celle des contrats. Il a prescrit pour lui des normes auxquelles l'autonomie de la volonté des conjoints ne peut pas déroger, et l'a organisé de telle sorte qu'il ne puisse être rangé au nombre des contrats.

« indissoluble par la religion catholique et quelques autres « cultes, cela n'empêche pas d'exister, dans l'ordre naturel et « civil, des motifs assez graves pour faire reconnaître et établir « l'indissolubilité du lien civil du mariage. La nature humaine « qui veut rendre stable et constante l'union de l'homme et de « la femme, pour la continuation de l'espèce et l'éducation des « enfants, et qui a placé dans le cœur de l'homme l'instinct de « la famille et de la société, n'est certainement pas favorable « au divorce, qui cause un préjudice très grave à la formation « et au développement de la famille.

« L'intérêt de la Société s'y montre également opposé, parce « que l'ordre, la paix et le développement de la moralité sont « gravement atteints par le divorce. La religion et l'Etat sont « d'accord sur ce point comme sur beaucoup d'autres qui tou- « chent l'ordre moral...

« En second lieu, il n'est pas exact de voir dans le mariage « un contrat, par le seul fait qu'il est fondé sur le consentement « des conjoints. *Le mariage n'est pas plus un contrat que ne l'est « la Société elle-même*, bien que le hardi philosophe de Genève « l'ait déclarée fille d'un grand contrat social ; idée imaginée par « lui. On a déjà dit avec raison, et nous le répétons franchement, « que *le mariage est une grande institution sociale*, qui naît cer- « tainement de la volonté du mari et de la femme, mais qui « reçoit de la seule et immuable autorité de la loi sa forme, ses « normes et tous ses effets. C'est en vain que les époux, en « contractant mariage, tenteraient de règlementer leurs devoirs « et leurs droits, la constitution de la famille, les effets person- « nels de leur union, d'une façon différente de celle prescrite « par la loi. Or quel est le contrat qui présente semblables ca- « ractères ?...

« En troisième lieu, il n'est pas vrai que dans les actes con- « tractuels le consentement des parties soit suffisant pour dis- « soudre les liens formés par ce même consentement. Une telle « proposition ne vaut pas pour ces obligations dont l'accomplis- « sement n'intéresse plus seulement les seuls contractants, mais « encore des tiers ou la Société toute entière ; ce qui a lieu, jus- « tement, pour les obligations des conjoints, qui concernent « tous les membres de la famille, et indirectement le corps social,

« à raison de la solidarité d'intérêts qui existe entre la société « domestique et la société civile. Dans cette hypothèse, il n'est « pas possible d'abandonner à l'arbitraire des parties le pouvoir « de détruire par leur seul consentement une situation que leur « volonté a réellement créée, mais à laquelle d'autres droits et « d'autres intérêts, d'un ordre supérieur à celui de leurs dissen- « timents privés, sont venus s'attacher. C'est ici le cas d'appli- « quer la maxime : « Quae ab initio sunt voluntatis, post fac- « tum fiunt necessitatis. » (1).

Il serait vain de croire que cette doctrine soit demeurée jusqu'à nos jours sans trouver d'adversaire. L'Italie a connu des campagnes analogues à celles qui chez nous, en 1884, ont abouti à faire rétablir le divorce, aboli depuis 1816. Mais toutes ces tentatives accompagnées de projets de lois, dans le détail desquelles il n'est pas utile que nous entrions, que ne découragèrent ni les échecs devant le Parlement, ni l'indifférence sinon l'hostilité du public, restèrent en définitive infructueuses (2). Les protagonistes du mouvement de réforme, proclamant le droit au bonheur pour l'individu, ne manquèrent pas de s'en prendre à la notion d'institution qu'ils prétendirent remplacer par celle de contrat (3). Mais leurs efforts demeurèrent impuissants. La doctrine la plus récente et la plus autorisée, représentée notamment par Stolfi, prend nettement position en faveur de la conception sur laquelle fut fondé le droit familial italien.

L'opposition à la théorie du mariage-contrat est même telle chez certains auteurs contemporains, qu'elle a provoqué la naissance d'une doctrine dont l'exagération est manifeste. Le contrat, ont pensé ses auteurs, est essentiellement un acte du droit privé ; si l'on veut placer le mariage définitivement à l'abri de cette assimilation abusive et dangereuse, il faut le retirer du domaine du droit privé, et ainsi un fossé s'opposera au rapprochement tendancieux de ces deux notions. Cette thèse a été proclamée par le professeur Cicu, dans un livre retentis-

(1) *Raccolta...*, *loc. cit.*, p. 220 et s.

(2) Voir Caby, *Le Principe de l'indissolubilité du mariage et la séparation de corps en droit italien* (Thèse Paris, 1924), p. 70 et s.

(3) Caby donne à ce sujet des citations pleines d'intérêt, v. p. 56 et s.

sant, qui présente le mariage comme une institution du droit public (1).

Le point de départ de Cicu est que la famille, ramenée à ses bases naturelle et sociale, est un noyau formé par le fait biologique uni à un élément économico-social. Il reprend, en outre, la distinction du droit public et du droit privé, établissant comme critère de celle-ci l'intérêt et la volonté. Donc, analysant le droit de famille à partir de ces éléments, il soutient tout d'abord que les membres d'une famille n'ont pas d'intérêts propres prédominants, mais agissent toujours sur le plan juridique, en vue de l'intérêt supérieur de celle-ci, regardée comme un organisme propre ; et, en second lieu, il prétend démontrer qu'il existe chez les individus, à côté de leur libre volonté individuelle, une autre volonté dirigée vers la satisfaction de l'intérêt familial, en sorte qu'il les regarde comme les simples organes de l'entité famille, laquelle est destinée à réaliser une fin supérieure par leur intermédiaire.

Cette théorie audacieuse et nouvelle n'a pas manqué de soulever des objections très sûres. Stolfi, dont on sait l'attachement à l'analyse du mariage comme institution, observe notamment que Cicu, étendant le domaine du droit public, à des entités dont le but n'est pas étatique, en arrive à confondre ordre public et droit public, et à faire rentrer dans cette discipline des phénomènes juridiques produits par la volonté individuelle, et destinés à la satisfaction d'un intérêt individuel, mais dont le jeu se trouve limité par des règles d'ordre public. Il fait de même remarquer que jusqu'ici la jurisprudence n'a pas retenu l'existence d'un intérêt familial, supérieur à celui des individus qui composent la famille. Et l'auteur de conclure, tout en reconnaissant les mérites de cette théorie qui donne à l'élément social contenu dans l'institution un vigoureux relief, qu'il n'est pas sans danger d'exagérer les droits de l'Etat sur la famille (2).

En somme, l'opposition des législations française et italienne concernant le fondement lui-même de cette partie du droit, révélée par les travaux préparatoires des deux codes, se résout

(1) Cicu, *Diritto di famiglia*. Rome, 1915.
(2) Stolfi, *op. cit.*, n° 34 et s.

en une divergence d'ordre philosophique. Mais cette antinomie, relevée par Stolfi, est peut-être plus apparente que profonde, car la pensée française a évolué depuis la rédaction du code, et de nombreux esprits aujourd'hui répudient la thèse individualiste, pour reconnaître dans le mariage l'existence d'un élément social, irréductible à la notion du contrat.

* * *

Le Mariage ne crée pas seulement une société morale et un organisme social, il engendre entre les deux parties qui s'unissent des relations pécuniaires. Ce statut matrimonial des époux, en Italie comme en France, est laissé pour une large part à la détermination des intéressés, qui peuvent procéder à la conclusion d'une charte conjugale, improprement appelée « contrat de mariage ». Ce statut ne peut plus subir de modifications après la célébration du mariage, sauf dans les hypothèses de séparation pécuniaire, ou de séparation personnelle, décidées en justice. Mais là s'arrête la similitude des deux codes que distinguent d'importantes différences (1).

Comme nos pays de Droit Ecrit, l'Italie presque toute entière (2) a vécu depuis la renaissance du Droit Romain sous le régime dotal (3). Le Code Napoléon essaya bien d'y faire connaître la Communauté, mais les habitudes restèrent les plus fortes et la Communauté n'y fut pas plus heureuse que le Divorce. Toutefois, comme la constitution de dot ne peut pas être stipulée en dehors d'un acte public, et que la loi doit établir le statut applicable en l'absence d'un contrat, le régime dotal ne put pas être reconnu comme le régime de droit commun. Les

(1) Dusi, *Principi generali del contratto di matrimonio* (Appendice I à la traduction de Baudry-Lacantinerie, *Contratto di matrimonio*, vol. I, 833, p. 840 et s.).

(2) Stolfi, *op. cit.*, n° 429. La communauté universelle semble avoir existé en Sardaigne, mais bientôt limitée aux acquêts, à l'imitation des lois aragonnaises. La Sicile également a connu la communauté universelle dite « mos latinorum », par opposition au régime dotal appelé « mos graecorum ». Enfin le régime de communauté fut assez répandu à Malte, en Dalmatie, Istrie et Piémont, et laissa quelque trace en Lombardie, à Venise, Sorente et Amalfi.

(3) Ercole, *Vicende storiche della dote romana nella pratica medievale dell Italia superiore* (*Arch. giur.*, IX, 1908, p. 393 ; X, 1908, p. 34).

rapports des conjoints mariés sans contrat, qui chez nous se traduisent par une étroite solidarité pécuniaire, consacrent en Italie un régime de séparation d'intérêts. Les biens que chaque époux possède ou acquiert, au moment et pendant la durée du mariage, restent paraphernaux, et la situation qui en résulte est très sensiblement pareille à celle que produit notre régime de séparation de biens (1). Chacun des conjoints garde la jouissance et la libre disposition de son patrimoine, sous réserve de l'obligation pour la femme de contribuer aux charges du ménage, et sous réserve d'une obligation alimentaire réciproque. Jusqu'à la loi du 17 juillet 1919 la femme resta soumise à l'autorisation maritale, mais, depuis, l'égalité des sexes se trouve réalisée dans ce domaine.

Néanmoins le véritable régime italien est le régime dotal, que tous ceux qui ont quelque fortune adoptent en se mariant. Le législateur de 1865 a fait ici son profit des âpres critiques, que les dispositions du code Napoléon avaient soulevées en France. Par son article 1407, le Code civil italien établit, au lieu d'une inaliénabilité dotale absolue, une simple indisponibilité de la dot pendant le mariage. Même en dehors du cas prévu par l'article 1404, où l'hypothèque et l'aliénation sont licites parce que permises par le contrat de mariage, lorsqu'il y a nécessité ou utilité évidentes le tribunal civil peut les autoriser (art. 1403). Enfin, après la dissolution du mariage les biens dotaux répondent des obligations contractées par l'épouse au cours de sa durée (art. 1407, 3°). C'est pourquoi cette institution fonctionne en Italie sans provoquer d'abus ni de réclamations (2).

Si le régime dotal convient aux classes aisées, il n'en est pas de même du système édicté par la loi pour les classes laborieuses. Des juristes de grande valeur déplorent les injustices auxquelles il aboutit, et regrettent que le législateur n'ait pas gardé comme régime de droit commun la communauté française, du moins sous sa forme atténuée, c'est-à-dire réduite aux acquêts. Bian-

(1) E. Bianchi, *Del contratto di matrimonio* (Naples, 1907), nos 469-470.

(2) Stolfi, *op. cit.*, n° 432 ; E. Bianchi, *op. cit.*, n° 9 consacre un long développement à la réhabilitation du régime dotal contre les accusations formulées en particulier par Troplong.

chi expose dans les termes suivants la genèse du système national : « Le mérite éminent de la loi française ne fut pas re-
« marqué par les jurisconsultes illustres qui composèrent le Code
« civil italien, ils ne virent que les deux extrêmes : le système
« français de la communauté et le système romain de la dot,
« en opposition inconciliable entre eux... Dominés par la tra-
« dition romaine, soucieux de la préférence du peuple italien pour
« la dot, se souvenant que la communauté importée par Napo-
« léon pendant la conquête n'avait pas pris racine, ces grands,
« ces excellents jurisconsultes ne regardèrent pas plus loin,
« et furent convaincus de faire œuvre sage et patriotique en pré-
« férant la dot, et en ne permettant de stipuler la communauté
« que sous la forme réduite aux acquêts. » (1) Et plus loin, envisageant les conséquences de cette solution, il déclare : « Les
« familles qui par leurs économies s'élèvent du prolétariat à une
« condition d'aisance relative, n'ont pas préoccupé autant qu'il
« eût fallu l'esprit du législateur. Le régime de communauté
« aurait été pour elles une mesure juste et opportune, tandis que
« la séparation d'intérêts, apportée tacitement par le code, se
« résout en une injustice manifeste, et cause à la femme un pré-
« judice très grave en la mettant en fait dans une condition tout
« à fait inférieure, alors qu'en principe elle est proclamée la
« compagne de l'homme, douée de droits égaux et grevée de
« devoirs égaux. Lorsqu'une famille ouvrière fait des économies
« et acquiert une certaine aisance, c'est le plus souvent à l'épouse
« qu'elle le doit ; c'est la femme qui par ses qualités particu-
« lières introduit l'ordre et l'économie au sanctuaire domestique ;
« c'est la femme qui provoque et entretient chez l'homme le
« goût salutaire du travail et de l'épargne, qui sont les facteurs
« essentiels de la prospérité familiale. C'est à son influence bien-
« faisante que la famille doit sa fortune naissante. Cependant à
« la dissolution du mariage... ce qui se trouve au foyer conjugal
« est regardé comme propriété du mari, et la femme honorée du
« titre de compagne est en réalité un peu moins que sa ser-
« vante... Si elle a apporté quelque chose en l'absence d'un
« contrat régulier de constitution de dot, elle ne peut rien prendre

(1) E. Bianchi, *op. cit.*, n° 7.

« pour elle, pas même le fruit de son gain personnel qu'elle au-
« rait épargné... A un inconvénient si grave, à une injustice
« aussi manifeste, pourrait remédier la communauté légale entre
« époux... Pour les unions où les époux appartiennent aux
« classes sociales aisées et possédent des biens de fortune, on
« respecterait la tradition en constituant une dot. Pour les ma-
« riages des classes ouvrières qui sont célébrés sans contrat, on
« aurait la communauté beaucoup mieux adaptée à leurs be-
« soins et à leur condition... » (1). Stolfi, dans son récent traité de droit civil, s'associe pleinement à cette conclusion, présentant la communauté comme le régime le plus moral et le plus conforme aux intérêts de la famille (2).

Il apparaît ainsi que l'opposition des deux Codes sur ce terrain non plus n'est pas irréductible. Alors qu'une partie de la doctrine française tend à rejoindre la pensée italienne en ce qui concerne l'analyse du mariage, ce sont les auteurs italiens qui proclament la supériorité française du régime pécuniaire légal, et le proposent comme un modèle dont une réforme éventuelle serait fondée à s'inspirer. Cette attitude vient justifier la légitimité de notre tentative, démontrant, par une sorte de contre-épreuve, la perméabilité des deux législations. Il n'est pas d'ailleurs jusqu'aux dispositions communes dont des novateurs, jouissant d'une grande autorité, ne proposent la modification dans un sens identique. C'est ainsi que la règle d'immutabilité, qui cependant en Italie ne met pas obstacle aux séparations de corps amiables, est déclarée indésirable, tout au moins trop rigide, par Stolfi, de même qu'en France par MM. Colin et Capitant (3).

(1) E. Bianchi, *op. cit.*, n° 11.

(2) Stolfi, *op. cit.*, n° 451. *Réformes nécessaires dans les régimes matrimoniaux* : « ...il est évident que dans une future réforme du code civil, il faudra reprendre toute cette matière pour la conformer à une notion plus exacte de la justice. Le mariage doit être un « consortium omnis vitae », pour cela il devrait comporter non seulement l'union des personnes, mais encore celle des biens. »

(3) Stolfi, *op. cit.*, n° 451« ... quelques normes d'ordre public ne semblent même pas pleinement justifiées, par exemple l'immutabilité des conventions matrimoniales. Non seulement, en effet, elles pourraient être adoucies jusqu'aux limites compatibles avec les droits des tiers, mais

§ 2. — La séparation consensuelle : justification et mode de formation.

Du moment que le législateur italien conservait pour les motifs que nous avons dits le principe d'indissolubilité, il devait être amené, pour son application pratique, à faire siennes les solutions que l'expérience avait peu-à peu introduites dans le droit canonique, par voie législative ou par voie prétorienne. C'est là du moins l'attitude que semblait commander la sagesse, à peine de légiférer dans l'abstrait et de s'exposer imprudemment à des risques certains, peut-être même à des résultats regrettables.

Le Code de 1865 garda donc les grandes lignes du système canonique, réglementant d'une part la séparation contentieuse, et de plus autorisant la séparation consensuelle accordée en justice par décision gracieuse. En réalité ses auteurs n'eurent pas recours directement aux précédents ecclésiastiques, car la laïcisation de cette partie du droit, apportée par les codes autrichiens et français, se trouvait déjà consacrée dans diverses législations locales qu'ils allaient remplacer par une loi uniforme.

Le Code civil autrichien appliqué dans la province de Lombardo-Vénétie (1), prévoyait, comme on sait, par ses articles 103 à 106, inspirés de la Patente précitée de Joseph II, la séparation conjugale par consentement mutuel. Par application de ces dispositions le juge laïque était seul compétent pour prononcer valablement la sentence, mais le ministre du culte était appelé à tenter la réconciliation des époux, et devait leur remettre en cas d'échec un certificat attestant la persistance de leur volonté réciproque.

Les Lois Civiles de 1819 qui étaient en vigueur dans le royaume des Deux-Siciles, bien qu'imitées du Code Napoléon, permettaient également par leur article 222 la séparation consensuelle,

elles devraient être corrigées lorsque l'intérêt des époux le demande. » Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. III (4e éd., 1925), p. 30 : « Nous croyons... qu'il serait utile d'effacer de notre loi civile le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. »

(1) Il avait été promulgué dans cette possession de la Maison de Habsbourg par une patente du 28 septembre 1815.

et exigeaient de même comme formalité substantielle une homologation du Tribunal (1).

Les précédents se trouvaient donc nettement favorables à la nécessité d'une intervention judiciaire pour contrôler et valider le simple consentement des parties. C'est en ce sens que se prononça le code qui fut promulgué en 1865 pour l'Italie tout entière, mais c'est en vain qu'on chercherait dans ses travaux préparatoires les motifs qui furent invoqués pour le justifier. Cette lacune regrettable est heureusement comblée par les débats de la Commission qui fut instituée en 1851 dans les Etats Sardes, pour préparer une loi civile sur le mariage, et dont les arguments se trouvèrent tacitement confirmés par la disposition introduite dans le code.

Devant cette Commission, la séparation consensuelle fut présentée comme un « moyen d'éviter des publicités scandaleuses, « surtout lorsque la cause de la séparation implique quelque « crime grave, dont la révélation serait de nature à provoquer « la perte du conjoint coupable. De plus (disait-on) l'expérience « démontre chaque jour davantage que ceux qui ont à cœur « l'honneur de leur propre famille, et désirent garder à leurs « enfants une réputation d'honnêteté, aiment mieux se séparer « silencieusement, qu'avoir recours à une séparation publique, « qui compromet toujours également l'un et l'autre de ces intérêts délicats. C'est pourquoi, là où des mesures opportunes « permettent de rendre impossibles, tout au moins difficiles, « les abus inhérents à ce mode de séparation, on ne peut pas « douter de la nécessité de l'admettre ; les avantages qui en « découlent étant incontestables et dignes d'égards particuliers. » (2) Les « mesures opportunes » reconnues souhaitables étaient présentées dans les articles 101 à 104 du projet. Il fallait tout d'abord que les parents consentent à la séparation, et que les époux rédigent par écrit les conditions de leur accord, relatives à l'éducation des enfants, ainsi qu'à la demeure et à

(1) Stolfi, *op. cit.*, n° 335.
Ciccaglione, v° *Séparazione personale*, dans *Il Digesto Italiano*, vol. 21, II (Turin, 1896), n° 57.
Gargiule, *Cassazione unica civile*, p. 145.
(2) *Lavori preparatori* (éd. du Ministère de la Justice), vol. I, partie I, p. 454 et s. (cité par Stolfi, *op. cit.*, n° 336).

la pension alimentaire de la femme. Une tentative de conciliation était, en outre, obligatoire devant le tribunal, qui devait prendre des informations. Enfin, la convention ne pouvait être homologuée que par une décision, conforme aux conclusions du ministère public, rendue à l'unanimité, ou à défaut, sur le serment prêté par les parties, leurs ascendants ou leurs parents selon les circonstances, que la séparation était dictée par un intérêt légitime et fondée sur une des causes prévues par le projet (art. 87, 88, 89).

Le 12 juin 1851 le ministre Boncompagni présenta ledit projet à la Chambre des Députés, mais sans les restrictions préparées par la Commission (1). Aussi de Foresta proposa-t-il, dans la séance du 5 juillet 1852 de compléter l'article en spécifiant que les parties devraient comparaître en personne, que le Tribunal devrait prendre des informations orales et sommaires, que le consentement des personnes ayant autorisé le mariage devrait être requis, que les conclusions du ministère public devraient être conformes, et qu'enfin la séparation cesserait au bout de trois ans si la convention n'était pas renouvelée (2). Cette dernière mesure était destinée à provoquer la réconciliation. Mais aussi bien Boncompagni que Sinéo, le rapporteur, rejetèrent ces différentes conclusions, à l'exception de la comparution personnelle et des informations sommaires ; en outre, il fut décidé que le refus de l'homologation ne donnerait pas lieu à l'appel. Le projet n'alla pas plus loin, car « il fit naufrage au Sénat ».

Le texte qui fut inséré dans le Code civil italien ne contient aucune des prescriptions qui avaient été proposées dans le Piémont. Sans doute, la prépondérance des jurisconsultes napolitains qui prirent part à sa rédaction explique qu'il se soit borné à reproduire l'article 222 des Lois Civiles de 1819 (3). Il constitue l'article 158 du code et dispose : « La séparation par le seul consentement des époux ne peut avoir lieu sans l'homologation du tribunal. »

Si ce texte d'une concision extrême a donné lieu dans la pra-

(1) *Lavori Preparatori*, vol. I, partie II, p. 61.
(2) *Eod. loc.*, p. 562 et s.
(3) Stolfi, *op. cit.*, nos 336 et 337.

tique à des incertitudes et des controverses nombreuses, il n'en reste pas moins que le principe lui-même qu'il consacre fut approuvé par la doctrine récente, presque unanime à en proclamer les bienfaits. Ciccaglione fait valoir que si le consentement mutuel constitue un danger dans une législation qui admet le divorce, il est au contraire parfaitement légitime comme mode de formation de la séparation de corps. Le but de cette mesure est, en effet, de ramener dans la société conjugale l'harmonie momentanément disparue ; or, tandis qu'une action judiciaire excite sans cesse au cours du procès l'animosité des époux, et souvent même transforme en une véritable haine ce qui n'était auparavant qu'un simple relâchement d'affection, l'accord mutuel des parties évite d'envenimer leurs rapports et de détruire ainsi la possibilité d'une réconciliation. La procédure contentieuse apparaît d'autant plus redoutable sur ce point, que prolongée, pendant des mois devant les différents degrés de la juridiction, elle produit fatalement entre les parties des heurts continuels. Une autre considération dont la valeur probante n'est pas moindre, c'est que cette forme gracieuse de séparation ne fait pas connaître au public les causes de la rupture de cohabitation, et qu'ainsi elle épargne aux enfants la honte que pour certaines d'entre elles, les préjugés sociaux font retomber sur eux. Et par suite elle empêche qu'ils n'en viennent à maudire, poussés le plus souvent par l'époux innocent auquel ils sont confiés, l'auteur du désordre et du déshonneur familial (1).

On invoque, il est vrai, au sens contraire, que le devoir de cohabitation ne peut pas davantage être subordonné à la seule volonté des époux que l'état conjugal lui-même, dont il constitue l'une des conséquences essentielles. A cet argument doctrinal on ajoute la préoccupation de sauvegarder les intérêts des tiers, à l'encontre desquels une telle séparation pourrait masquer une opération frauduleuse. Enfin, exprimant la crainte de voir se multiplier, à raison de la facilité d'un simple accord, cette situation dangereuse et anormale qu'est au fond l'existence séparée des époux, on prétend qu'il est inutile que le droit reconnaisse cette modalité, puisque même sans sa consécration,

(1) Ciccaglione, *loc. cit.*, n° 95.

les conjoints pourraient néanmoins se dispenser de cohabiter.

Mais à cette argumentation,Sechi répond victorieusement que la simple séparation de fait ne procure aucune garantie, surtout aux femmes privées de toute fortune, que leur mari pourrait toujours contraindre à rentrer au domicile conjugal. A la possibilité de fraude ou de décision capricieuse, il oppose que des dispositions légales judicieuses pourraient y remédier, tout au moins en grande partie. Et surtout, il objecte que la liste des causes reconnues par la loi ne saurait correspondre à cette multiplicité infinie des motifs, qui peuvent provoquer un dissentiment digne d'égards. Autant que les menaces ou les injures graves, une incompatibilité profonde et insurmontable des caractères, ou une aversion réciproque, peuvent, en effet, rendre impossible toute cohabitation. Et Sechi de conclure : « c'est justice d'accorder aux époux qui en sont arrivés là, satisfaction de leur désir légitime de taire les motifs de leur désunion (1) ».

Stolfi, considérant la cause comme entendue sur cette question de principe, se borne à déclarer concernant cette mesure « qui présente l'inestimable avantage de soustraire à la curiosité malsaine du public les secrets les plus délicats de la vie conjugale » (2) : « c'est à bon droit que le Code civil italien a « accueilli cette forme de séparation. En vérité, on ne comprend « vraiment pas pourquoi il devrait être défendu aux époux de « se séparer par consentement mutuel... et pourquoi il devrait « leur être imposé de supporter les lourdes dépenses et l'ennui « d'un jugement, et de mettre à nu leurs dissentiments les plus « intimes, avec les secrets les plus jalousement gardés de la fa- « mille. La douce intimité du mariage et l'espoir de la réconci- « liation justifient cette forme de la séparation conjugale. » (3)

(1) O. Sechi, *Separazione personale dei coniugi*, dans *Enciclopedia Giuridica Italiana*, XV, II (Milan, 1915), p. 564, n° 153.

(2) Stolfi, *op. cit.*, n° 335.

(3) Stolfi, *op. cit.*, n° 398.

Cf. de Ruggiero, *Instituzioni di Diritto civile* (4e éd. Messine, 1926) : « on comprend que l'on approuve les raisons pour lesquelles la loi a admis cette seconde forme de séparation ; soit que les motifs soient les mêmes que ceux qui justifient la séparation judiciaire, et c'est alors... qu'il est utile pour les intérêts supérieurs de la famille d'éviter le scandale et le bruit d'un jugement public ; — soit que les motifs soient moins graves... et c'est alors qu'on ne peut pas imposer aux conjoints qui ne veulent plus la subir la continuation de la vie en commun ».

* * *

Pour apaiser les craintes que la liberté ainsi accordée aux conjoints ne provoque des abus et ne dégénère en licence, le consentement générateur de la séparation a été soumis au contrôle judiciaire, et le pacte enfermé dans le cadre d'une décision gracieuse. Mais l'élaboration des règles applicables n'a pas été sans donner lieu à des difficultés, car le Code civil ne contient que l'unique et bref article que nous avons cité, complété, par l'article 811 du Code de procédure, qui contient les prescriptions suivantes :

« Dans le cas de séparation volontaire, prévu à l'article 158 « C. c., le Président doit avant tout, au jour par lui fixé à la de- « mande des parties, entendre séparément l'un et l'autre des « conjoints, et leur faire ensuite les remontrances qu'il croit « propres à amener la réconciliation.

« Si la réconciliation s'ensuit, il en est dressé procès-verbal dans les formes établies par l'article 808.

« Si elle ne se produit pas, il est donné acte du consentement « mutuel des conjoints à la séparation ; le procès-verbal doit en « outre exprimer les conditions de la séparation quant aux époux « et à leurs enfants, lesquelles peuvent cependant être modifiées « par le Tribunal suivant les dispositions du précédent article, « 2e alinéa (1).

« Le rapport sur l'homologation à intervenir est fait par le « Président en Chambre du Conseil. »

A la différence des lois Napolitaines, le Code de procédure prescrit donc que la séparation gracieuse doit être précédée d'une tentative de réconciliation. Si cette formalité, empruntée à la procédure contentieuse, peut paraître ici anormale, il ne faut pas cependant oublier que l'accord lui-même des époux atteste l'existence d'un conflit, qu'il serait en tout état de cause préférable de faire cesser. Et surtout, cette tentative offre l'avan-

(1) Art. 810 : « Le tribunal qui *prononce* la séparation détermine, le cas échéant, le mode par lequel les conjoints devront remplir l'obligation alimentaire, compte tenu des motifs de la séparation.

Ces dispositions et celles de l'article 154 du c. c. (garde des enfants) peuvent toujours, sur l'instance de l'une des parties, être révoquées ou modifiées par le tribunal suivant les circonstances.

tage de permettre aux magistrats, gardiens de la moralité publique et du bon ordre, de vérifier si la discorde est réelle et sérieuse, et si le consentement est donné librement par les deux parties.

La procédure s'engage par une requête adressée au Président du tribunal civil, et signée par les deux époux afin de prouver leur accord (1) ; à défaut cependant l'acte ne serait pas nul selon certains auteurs (2). Les parties doivent comparaître en personne sans l'assistance d'aucun parent, avocat, ou mandataire. Le Président doit les entendre séparément et leur adresser toutes remontrances utiles. Il ne peut évidemment remplir sa mission que s'il est au courant des griefs reprochés, c'est pourquoi la requête doit les lui faire connaître. Il a d'ailleurs le devoir de rechercher si cet exposé est exact, et s'il n'a pas pour but de cacher un caprice ou une intention illicite. Au cas où l'inanité de ces faits viendrait à être démontrée, les époux auraient le droit de révéler alors les motifs véritables et d'en offrir la preuve (3). Si la tentative réussit il est dressé un procès-verbal de réconciliation. Si au contraire elle échoue, deux hypothèses peuvent se présenter. Il peut se faire que l'une des parties ne veuille plus de la séparation, ou bien se décide à invoquer judiciairement les torts de son conjoint pour obtenir un jugement contentieux ; le résultat est alors le même que si la requête avait été présentée par un seul : le Président renvoie devant le tribunal et ordonne les mesures urgentes (4). Si au contraire, les parties persistent dans leur volonté réciproque, le Président doit leur en donner acte.

Mais il ne suffit pas que les époux conviennent de vivre séparés pour donner lieu à une autorisation judiciaire, il faut, en outre, qu'ils s'accordent sur les modalités de leur nouvelle situation. Il faut qu'entre eux intervienne un véritable *pacte de séparation* qui empêche toute contestation ultérieure, et dont les conditions ne sauraient être dictées d'office par le Tribunal, puisqu'en principe semble bannie toute idée de contrainte (5).

(1) Ciccaglione, *loc. cit.*, n° 135.
(2) Sechi, *loc. cit.*, n° 155 en note.
(3) C. de Florence, 6 septembre 1875. Ann. IX.2.412.
(4) C. de Naples, 30 septembre 1870, *Gazzetta del Procuratore*, V. 559
(5) Sechi, *loc. cit.*, n° 155 : « Si les conjoints ne peuvent se mettre d'accord sur les conditions, ils ne peuvent obtenir l'homologation de la

Normalement cette convention, relative au sort des enfants et aux rapports patrimoniaux des conjoints, doit être rédigée avant la formation de la requête, toutefois elle peut encore valablement être conclue devant le Président (1). Si l'un des époux est mineur, son tuteur devra l'assister (2). Le mari, étant le tuteur légal de la femme, sera suppléé par le père de celle-ci ; à défaut, la nomination sera faite par le magistrat et non par le conseil de famille, qui ne sera formé qu'après la décision d'homologation. Le Président, avons-nous dit, doit donner acte aux parties de la persistance de leur volonté réciproque, mais il ne doit le faire que si leur consentement demeure sur chacune des clauses du contrat, que son procès-verbal doit d'ailleurs reproduire (3). Ce procès-verbal doit être ensuite transmis au Tribunal pour homologation.

La décision, rendue en forme de décret, ne doit intervenir qu'en chambre du conseil (4). C'est là une règle de compétence absolue, aussi le Tribunal, saisi par la voie contentieuse, ne pourrait-il, en présence d'un accord tardif des parties, que les renvoyer se pourvoir devant la juridiction compétente et dans les formes prévues par la loi (5). De même, si la séparation avait été demandée par la voie contentieuse à la fois par les deux époux pour des motifs légaux, et que la preuve apportée par chacun n'eût pas été reconnue suffisante, le tribunal, en rejetant les deux actions, ne pourrait pas accorder la séparation par consentement mutuel sans encourir le reproche d'extra-petitio (6).

L'homologation, telle que l'a comprise la jurisprudence, n'a pas seulement pour but de soumettre au contrôle judiciaire la

séparation, car tout ce qui se rapporte à celle-ci doit être réglé par leur consentement mutuel ; l'autorité judiciaire n'ayant pas qualité pour décider sur aucune de ces questions, ou pour édicter des mesures, étant appelée seulement à examiner les conventions prises d'un commun accord, et à les homologuer si elle le croit opportun. » Cf. Cass. Rome, 22 mai 1902. F. I. 02.1.874.

(1) Ciccaglione, *loc. cit.*, n° 135.
(2) C. de Casale, 28 juillet 1904. F. I. 1904.1.463.
(3) C. de Milan, 14 février 1901. M. T. Mil. 1901.333.
(4) C. de Turin, 24 janvier 1883, G. Tor. 1883.302.
(5) Cass. Turin, 19 janvier 1870, Ann. V. I. 93.
(6) Cass. Turin, 19 janvier 1871, G. I. 1871.1.26, et 19 mars 1882, G. Tor. 83.352.

teneur de la convention, elle est encore prescrite pour l'examen des circonstances et des faits allégués (1). Les juges ne devront pas seulement veiller à empêcher que l'un des conjoints ne profite de la situation pour arracher à l'autre des concessions excessives, ils devront refuser de ratifier le pacte si la décision des époux ne leur semble pas justifiée (2). Pour leur permettre de statuer en connaissance de cause, il est indispensable que le Président présente un rapport sur l'affaire. C'est la seule hypothèse où il fasse fonction de rapporteur, mais lui seul se trouve qualifié puisqu'il a entendu les parties et a pu les interroger (3). Par contre ne sont pas nécessaires des conclusions du ministère public (4). « Le devoir du tribunal, nous dit Sechi, est, comme « on le comprend facilement, très délicat, parce qu'il s'agit non « pas d'interpréter et d'appliquer une loi, mais bien de faire « l'analyse psychologique de deux âmes, de descendre dans les « cœurs, de scruter la gravité des dissentiments existants entre « deux personnes qui devraient être unies par les liens les plus « étroits et les plus doux, d'en rechercher les causes peut-être « très lointaines et peut-être légères, d'apprécier si cet amour « qui les a uni autrefois est tout à fait disparu, ou s'il existe « encore au fond de leur cœur, et s'il est possible de le faire re-

(1) La question est controversée de savoir si l'accord, formé devant le Président, lie les parties définitivement, ou si jusqu'au décret d'homologation il est permis à l'une d'elles de retirer sa parole.

Cass. Turin, 27 juin 1902, G. Tor. 1902-1281. Cet arrêt a posé en principe que l'homologation étant une formalité substantielle, les époux ne sont pas liés tant qu'elle n'est pas intervenue, par conséquent si l'un d'eux change d'avis dans l'intervalle, il ne peut être judiciairement obligé à demander ou accepter l'homologation.

Contra Trib. de Naples 27 juillet 1908, *La Legge* 1909. 248 note GALANTE.

(2) F. BIANCHI, *Corso elem. di codice civile italiano*, t. II, p. 780, nº 219. FORMENTARO, *Camera di consiglio civile*, p. 518 (Milen 1904).

(3) C. de Genova, 25 novembre 1895, F. I. 1896.162 (Décidé que le Président ne peut pas déléguer à un juge cette fonction que la loi lui a attribuée).

Contra C. de Turin 9 mai 1899, G. Tor. 1899.930.

(4) Cass. Palerme, 11 mai 1907, F. I, 1907.1.151 ; Cass. un. civ. 1907, col. 446.

Ce point a cependant été controversé, certains auteurs étendent ici la règle de la procédure contentieuse. MANDUCA, *Il Publico Ministeroe la volontaria Giurisdizione* (*Il Filangieri*, 1881.1.32).

V. dans le sens de Palerme, C. de Turin, 9 mai 1899, G. Tor. 1899.830 ; C. de Palerme, 21 août 1908. C. Giur. 1908.356 ; NATALI, *Il Publico Ministeroe la sép. pers. dei coniugi* (*Riv. univ.*, 1907.1.649).

« vivre. Il faut avoir sous les yeux la condition de la famille, « protéger le sort des enfants, voir si l'animosité réciproque des « parents a rejailli sur eux, quel dommage ou bienfait doit « découler pour eux de la séparation. C'est une évaluation d'âme « que le tribunal doit faire, une étude de caractère, c'est pourquoi « des motifs absolument insuffisants pour certains devront être « jugés suffisants pour d'autres ; les magistrats se tromperaient « gravement si, croyant ainsi être justes, ils voulaient toujours « adopter un critérium unique, déduit par analogie des causes « que le législateur a reconnues capables de justifier une de- « mande de séparation judiciaire. Seule la conception qui a « guidé à ce sujet le législateur doit intervenir : celle d'accorder « la séparation lorsque la vie en commun n'est plus possible, « et peut être la source d'un désordre égal ou plus grand que « celui représenté par la séparation. En appréciant l'incompa- « tibilité invoquée, le magistrat ne doit pas juger avec un cri- « tère propre, mais s'efforcer de prendre la mentalité et la sen- « sibilité des conjoints divisés. Il ne doit pas rechercher quel « effet produiraient sur son âme les faits allégués, mais quel effet « ils ont produit sur l'âme des époux, et voir s'il n'est pas « possible de les rappeler à une évaluation plus normale et plus « exacte des choses. En d'autres termes, ce n'est pas la valeur « réelle des faits que le magistrat doit chercher, mais la valeur « relative qu'attribuent à ces faits les conjoints qui demandent « la séparation. » (1)

Bien qu'il n'y ait dans la loi aucune disposition expresse, il est admis que, si le tribunal refuse l'homologation demandée, les parties peuvent se pourvoir en appel. On invoque en ce sens l'article 781 du Code de Procédure civile, qui prévoit la faculté de recourir à l'autorité supérieure contre les décisions prononcées en chambre du conseil. D'ailleurs, les actes de juridiction gracieuse n'ayant jamais force de chose jugée, il serait loisible aux époux, une première fois évincés, de revenir devant le même tribunal solliciter un nouvel examen de leur pacte (2).

On doit encore noter que l'homologation ne peut être accordée

(1) Sechi, *loc. cit.*, n° 159.
(2) C. de Turin, 14 décembre 1887, M. T. 1888.156 ; C. de Casale, 31 décembre 1874, Ann. 1875.2.264.

qu'en vue d'une séparation immédiate ; la convention qui serait soumise à une condition suspensive ne serait pas valable (1).

Comme on le voit le système italien ne fait pas appel au concours des notaires pour la formation du pacte de séparation. Les formalités édictées en cette matière, comme dans celle du mariage, sont à peine de nullité. C'est pourquoi il fut décidé que le consentement reçu par un notaire ne peut pas tenir lieu de la comparution devant le Président. Le Tribunal civil de Gênes, le 30 novembre 1925, vient encore de sanctionner cette règle, en déclarant que l'homologation des conditions convenues entre les époux, par acte notarié ou sous seings privés, n'est pas possible à défaut de comparution préalable, même dans le cas où l'un des conjoints se trouverait empêché d'une manière absolue de paraître volontairement devant le Président (2). Seul, en effet, ce dernier se trouve légalement qualifié pour leur faire toutes les déclarations de nature à les réconcilier, et pour présenter un rapport en Chambre du Conseil. Si un notaire pouvait valablement le suppléer, fait observer Sechi, le tribunal n'aurait plus aucun élément pour apprécier s'il faut ou non homologuer la séparation (3).

§ 3. — **Effets de la séparation consensuelle.**

La séparation obtenue par un pacte dûment homologué ne produit pas les mêmes effets que la séparation contentieuse. Il est aisé d'apercevoir dans le contenu lui-même des deux notions des causes de divergence. La séparation purement judiciaire, conçue par le législateur comme la *sanction* de manquements à la loi conjugale, implique toujours l'idée de faute et entraîne des déchéances contre l'époux « aux torts » de qui elle intervient, ou contre tous les deux si tous deux sont coupables. La séparation amiable, au contraire, regardée comme le *remède* d'une impossibilité morale de cohabitation, élimine toute recherche de culpabilité et ne peut, par suite, donner lieu aux mêmes consé-

(1) Fadda et Bensa, *Pandette di Vindscheid*, I, 1, pp. 1023-1025.
(2) T. Gen., 1925.439.
(3) Sechi, *loc. cit.*, nº 158.

quences. Car si les époux sont tenus de révéler au Président les motifs de leur désunion, afin d'en prouver l'existence et la gravité, le décret d'homologation ne les reproduit pas, et ainsi fait défaut toute base légale de déchéance. Il est vrai que dans le pacte qu'ils rédigent les conjoints peuvent convenir, dans une certaine mesure, de clauses équivalentes aux textes non applicables, mais par là apparaît l'opposition fondamentale de caractère des deux mesures, cause la plus importante des différences de leurs effets : tandis que ceux de la séparation judiciaire sont *légaux*, ceux de la séparation volontaire sont pour une large part déterminés par les parties, c'est-à-dire *contractuels*.

* * *

La séparation conjugale modifie le statut personnel des époux, la situation des enfants, et le régime des biens. Nous devrons successivement examiner ces trois ordres de conséquences.

Les effets relatifs à la personne même des époux constituent l'objet propre de la séparation, les autres n'en étant que le résultat indirect. Si l'on veut bien considérer qu'ils découlent de la conception du mariage, on comprendra l'identité nécessaire des principes de leur organisation, quel que soit le mode d'obtention suivi par les parties. Le but de celles-ci est, en effet, dans les deux cas d'arriver à la suspension du devoir de cohabitation ; la volonté de la loi, dans les deux cas, est de maintenir les obligations d'assistance et de fidélité. Mais ces principes étant posés, la solution pratique des questions qu'ils soulèvent peut subir l'influence du mode de procéder choisi par les époux, et en refléter les tendances.

La suspension du devoir de cohabitation donne toujours lieu à l'application des règles légales. Le mari ne peut plus contraindre sa femme à reprendre la vie commune, car l'homologation confère à celle-ci un véritable droit, et non pas une permission précaire. C'est ce que vient encore de proclamer la Cour d'appel de Turin le 27 novembre 1926. L'épouse cesse donc légalement d'être domiciliée au domicile de son mari. La présomption de paternité ne pèse plus avec la même rigueur sur ce dernier, qui tient de l'article 163 du Code civil la faculté de désaveu. Chaque

époux perd le droit d'être tuteur de son conjoint en cas d'interdiction. Enfin, pendant longtemps, la femme séparée, soustraite à la nécessité de l'autorisation maritale, eut besoin de l'autorisation judiciaire pour la validité des actes énumérés par l'article 134 du Code civil (1). La jurisprudence refusait, en effet, de sanctionner la clause par laquelle le mari dans la convention de séparation habilitait sa femme pour la passation de ces actes, même si le tribunal l'avait homologuée ; proclamant qu'il n'appartenait pas aux parties de disposer de cette formalité judiciaire (2). Mais la loi du 17 juillet 1919 a enlevé tout intérêt à cette question, en supprimant l'autorisation maritale (3).

L'obligation d'assistance qui survit entre les époux séparés se concrétise dans la prestation d'aliments, qui sont ordinairement fournis sous forme de pension. C'est là le domaine propre où joue, dans l'hypothèse de séparation consensuelle, l'autonomie de la volonté ; tandis que dans la séparation contentieuse tout est déterminé par l'autorité judiciaire. C'est là où les époux peuvent librement débattre, sauf le risque de voir l'homologation refusée si les conditions apparaissaient injustes, l'étendue et les modalités de la prestation due. Il faut noter ici que les engagements pécuniaires assumés dans la convention ne sont pas susceptibles, même après l'homologation, d'une inscription hypothécaire qui garantisse leur accomplissement (4). Bien entendu le principe lui-même de l'obligation échappe au pouvoir des parties, et la clause par laquelle un conjoint déclarerait renoncer au bénéfice de la loi serait considérée comme nulle (5).

Aucune difficulté de droit ne devrait naître en cette matière,

(1) Art. 135 : l'autorisation du mari n'est pas nécessaire : ... 2° Lorsque la femme est légalement séparée aux torts du mari.
Art. 136 : ... si la femme est légalement séparée par sa faute ou par la faute du mari, ou par consentement mutuel, l'autorisation du tribunal civil sera nécessaire.

(2) C. de Florence, 9 février 1907, Ann. 1907.232 ; Cass. Florence, 22 juin 1907, G. Tor. 1907.1344 ; C. de Bologne, 2 mai 1902, F. I, 1902.1.1262 ; Trib. Pise, 19 mars 1906, Cass. Firenze 1906.182.

(3) Loi n° 1176.

(4) Cass. Turin, 29 octobre 1906, G. Tor. 1906.1490 ; Trib. Ancône, 26 juin 1906, Corte Ancona 1906.305 ; C. de Milan, 14 décembre 1909, M. T. Mil., 1910.194.

(5) C. de Venise, 22 février 1883, F. I, 1883.1.327.

puisque les époux sont tenus de prévoir l'exécution de ce devoir, et que, s'ils ne l'ont fait avant la requête, le Président doit les mettre d'accord pour mentionner les termes du contrat dans son procès-verbal. Les auteurs ajoutent même que l'homologation manquerait de base si cet accord faisait défaut. Cependant l'incertitude des idées, que nous verrons surtout quand nous tenterons de dégager la nature juridique de ce mode de séparation, a provoqué des controverses jusque sur ce terrain. Les mêmes auteurs qui affirment que l'autorité judiciaire n'a qualité pour décider sur aucune des questions soulevées par la séparation, et que son rôle doit se borner à l'examen du pacte, n'hésitent pas à déclarer ailleurs, qu'à défaut d'une entente amiable, le tribunal doit pourvoir par jugement séparé à ces dispositions (1). Sans nous arrêter davantage à cette contradiction, examinons la solution qui viendra suppléer l'accord défaillant des parties.

Dans le silence du code, la doctrine et la jurisprudence ont hésité sur le criterium applicable. Puisque par essence l'accord des époux a pour résultat de laisser dans l'ombre la fixation des responsabilités, le tribunal n'a pas ici à se préoccuper d'assurer une relation équitable entre la culpabilité et la charge de la pension. Mais, tandis que certains auteurs invoquent la disposition qui régit la vie en commun et impose au mari de pourvoir toujours, dans la mesure de ses ressources, à l'entretien de sa femme, celle-ci n'étant obligée à une prestation analogue qu'au cas d'insuffisance des biens de son mari (2) ; d'autres, au contraire, prétendent faire jouer à l'égard de l'un et de l'autre la règle dont peut se prévaloir l'époux coupable au cas de séparation contentieuse, et qui limite l'obligation non seulement à la fortune de celui qui en est débiteur, mais aux besoins réels de celui qui l'invoque (3). Naturellement la condition sociale qui

(1) Sechi, *loc. cit.*, nº 160 : « Pour éviter les contestations futures, les conjoints pourvoient ordinairement eux-mêmes à la détermination des effets, soit par un acte séparé, soit par le procès-verbal de la tentative de conciliation, et c'est à ces actes que se rapporte la sentence d'homologation. A défaut de cette détermination amiable, c'est à l'autorité judiciaire à y pourvoir en jugement séparé et régulier. »

(2) Art. 132 c. c. — V. dans ce sens : Caberlotto, vº *Alimenti* (*Dig. It.*, nº 33) ; Bianchi, *Tratt. dei rapp. patrim. fra coniugi*, nº 373, p. 476.

(3) Art. 156 et 143 c. c. — V. dans ce sens Ciccaglione, vº *Alimenti* (*Enc. giur.*, nº 187) ; vº *Sép. pers.* (*Dig. It.*, nº 144). Sechi, *loc. cit.*, nº 160.

doit déterminer l'étendue des besoins de la femme, n'est pas celle qui lui est propre, mais celle qui lui a été conférée par le mariage, dans les liens duquel elle se trouve encore engagée (1). Les partisans de cette dernière théorie font valoir que l'état de séparation demande, par la force des choses, une réglementation différente de celle de la vie commune, et surtout qu'il serait injuste de faire peser sur le mari les dépenses nécessaires de la femme, lorsqu'elle est pourvue d'une fortune suffisante. Quoi qu'il en soit de cette controverse, due au laconisme du code, et à l'absence d'une conception vraiment nette chez ses interprètes, relativement à la nature du pacte envisagé, les décisions de la jurisprudence révèlent une incertitude analogue (2).

Le même problème peut encore se poser dans une hypothèse différente. Lorsque des obligations réciproques ont été prévues par le pacte à la charge des deux parties, si l'une d'elles cesse d'accomplir les siennes, l'autre, qui se trouve par exemple débitrice d'aliments, peut également se refuser au paiement de sa prestation. C'est là le jeu normal de l'*exceptio inadempleti contractus*. Est-ce à dire que l'obligation alimentaire soit de ce fait supprimée ? Il n'en est rien, puisque son existence ne dépend pas de la volonté des conjoints, mais seulement de leur qualité d'époux. Les conditions fixées par le contrat seront simplement remplacées par celles qui sont prévues par la loi (3).

La séparation, enfin, ne porte pas atteinte au devoir de fidélité. Il faut néanmoins distinguer, concernant le délit d'adultère, entre la procédure gracieuse et la procédure contentieuse. Pour ce qui est de l'adultère commis antérieurement à la séparation, et à raison duquel elle est en fait intervenue, bien que la demande d'homologation ne constitue pas une action civile aux termes de l'article 7 du Code de procédure pénale, et qu'au-

(1) C. de Casale, 16 septembre 1886, G. Cas. 1886.313.

(2) V. en faveur de l'art. 132 c. c., C. de Perrugia, 10 octobre 1876, T. Ven., 1876.359 ; C. de Trani, 6 juin 1879. G. Trani, 1879.519. Cass. Naples, mai 1882, G. Trani, 1882.874 ; Cass. Rome, 18 mai 1883, Ann. XVII, I, 1. 352 ; Cass. Turin, 12 juin 1889, G. Tor., 1889.445.

V. en faveur de l'art. 143, Cass. Turin, 22 décembre 1885, La Legge, XXIV.I.778 ; Cass. Turin, 28 janvier 1887, Ann. XVII, I.1.73 ; C. de Milan, 15 décembre 1897, M. T. Mil., 1898.335.

(3) C. de Venise, 16 août 1878, T. Ven., III.493.

cune preuve du fait n'ait été apportée devant le tribunal, la Cour de cassation de Naples a décidé que la plainte de l'époux innocent, fondée sur ce délit, n'était plus recevable postérieurement à l'homologation (1). Pour ce qui est, au contraire, de l'adultère commis ensuite de la séparation, s'il est vrai que la peine se trouve également atténuée dans les deux hypothèses, par rapport à celle applicable au cas de vie commune (2), on doit cependant noter que l'article 356 du Code pénal ne joue pas après une séparation volontaire. Cet article décide, en effet, que l'époux *aux torts* duquel le jugement a été prononcé n'a plus le droit de faire condamner l'autre pour adultère. Par suite, le conjoint, qui se rendrait coupable de ce délit après une décision gracieuse, ne pourrait invoquer, pour faire tomber la plainte déposée contre lui, les torts dont il se serait prévalu devant le Président pour obtenir l'homologation (3).

* * *

Du fait que les époux cessent d'habiter ensemble, il résulte nécessairement dans la situation de leurs enfants mineurs une modification profonde. Lorsque la décision émane du tribunal à la suite d'une demande contentieuse, leur sort est réglé par les juges et leur garde est confiée soit à l'un des parents, soit à une maison d'éducation, ou à un tiers, selon les circonstances (4). Quand la séparation a pour point de départ, au contraire, un pacte librement consenti, c'est aux parents eux-mêmes qu'il appartient de décider ces graves mesures sous le contrôle de la justice. Tout ce qui concerne les soins, l'éducation, l'instruction et la nourriture des enfants, doit donc être convenu avant la procédure, ou bien devant le Président qui doit inscrire dans son procès-verbal les conditions arrêtées d'un commun accord. Toutefois une restriction s'impose aux contractants, car l'article 155 du Code civil dispose, à propos de la séparation contentieuse, mais dans des termes absolument généraux, que « quelle que soit

(1) Cass. Naples, 10 novembre 1879, Fil. 1880.2.230.
(2) Art. 355 c. p. qui dispose en général pour les conjoints « légalement séparés ».
(3) Sechi, *loc. cit.*, n° 164 ; Cass. Rome, 31 août 1891.
(4) Art. 154 c. c.

la personne à qui les enfants sont confiés, le père et la mère conservent le droit de veiller à leur éducation ». En conséquence, la clause du pacte qui dénierait à un époux tout droit de visite serait frappée de nullité (1). De même que les tribunaux, avec l'assentiment de la doctrine, se sont reconnus le pouvoir de fixer la pension, lorsque les parties se sont abstenues de le faire, ou n'ont pu se mettre d'accord, également ils ont cru pouvoir prendre ici la même attitude, et ajouter ainsi au texte de la loi qui parle simplement de modification. De même encore l'entente sur le sort des enfants, comme l'accord relatif à la prestation d'aliments, peut être réformée dans la suite, lorsque les circonstances viennent à changer. Dans ce but peut être conclue une nouvelle convention soumise à la nécessité d'une homologation. Mais dans l'une et l'autre hypothèse, si le concours des consentements ne peut être obtenu, la loi permet aux magistrats de statuer ainsi qu'en matière contentieuse (2).

* * *

Enfin, la séparation semble devoir briser l'unité de vie pécuniaire qu'implique toujours, dans une mesure variable avec le régime adopté, l'unité du foyer. Nous devrons envisager ses répercussions dans les cas de mariage sans contrat, de communauté et de constitution de dot.

Mais tout d'abord, il faut rappeler que l'homologation n'entraîne pas de plein droit les déchéances patrimoniales que produit à titre de pénalité contre l'époux coupable, ou tous les deux, le jugement contentieux. Chacun des conjoints garde donc, en principe, les gains dotaux et les avantages stipulés par le contrat de mariage (3), sa vocation succes-

(1) Ciccaglione, *loc. cit.*, nº 166.
(2) Ciccaglione, *loc. cit.*, nº 189.
(3) Art. 156 *c. c.* : « Le conjoint par la faute de qui la séparation a été prononcée encourt la perte des gains dotaux, de tous les avantages que l'autre époux avait pu lui accorder dans le contrat de mariage, et même de l'usufruit légal.
L'autre conjoint conserve son droit aux gains dotaux, et à tous autres avantages résultant du contrat de mariage, encore qu'ils aient été stipulés sous conditions de réciprocité.
Si la sentence de séparation est prononcée par la faute des deux con-

sorale (1) et son droit d'usufruit sur une part d'enfant légitime, au cas où la présence de descendants l'exclurait de la succession (2). Mais tandis que les clauses qui toucheraient à ces dernières prérogatives tomberaient sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future, il est permis à un conjoint de renoncer aux avantages prévus dans le contrat de mariage (3).

En droit français la séparation de corps entraîne *ipso facto* la séparation de biens, c'est-à-dire la liquidation de la communauté, ou la restitution de la dot. Il en va différemment en droit italien.

Dans l'hypothèse où les époux se sont mariés sans contrat, la séparation de corps, qu'elle soit judiciaire ou amiable, ne fait naître aucune difficulté quant aux rapports patrimoniaux, puisqu'aussi bien déjà pendant la vie commune, suivant les termes de l'article 1427 du Code civil : « la femme conserve la propriété, « l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux, et le « mari n'a le droit de les administrer et de poursuivre le recou- « vrement des créances que si elle lui en a donné le mandat. »

Lorsque les époux ont fait choix du régime de communauté, la solution donnée par le Code italien s'inspire du Code Napoléon, et s'applique aux deux modes de rupture (4) : la communauté est dissoute de plein droit (5).

joints, chacun d'eux encourt la perte dont il vient d'être parlé, sauf toujours le droit aux aliments en cas de besoin. »

V. Cour de Genova, 29 déc. 1883, Ann. XVIII.III.81.

(1) Art. 757 *c. c.* : « Les droits de succession accordés au conjoint survivant n'appartiennent pas à l'époux contre qui le défunt a obtenu une sentence de séparation passée en force de chose jugée. »

(2) Art. 812 *c. c.* : « Le conjoint contre qui il n'existe pas une sentence de séparation de corps passée en force de chose jugée, a droit sur la succession de l'autre conjoint, dans le cas où ce dernier laisse des enfants légitimes ou des descendants d'eux, à l'usufruit d'une part égale à celle qui appartiendrait à chaque enfant à titre de légitime, en comprenant le conjoint au nombre desdits enfants. »

(3) Ciccaglione, *loc. cit.*, nº 164.

(4) E. Bianchi, nº 433. Cependant Borsari, *Commentario del Codice civile italiano*, I, p. 606, soutient que l'art. 1441 fait allusion à une sentence passée en force de chose jugée ; Sechi répond à cette observation que la séparation consensuelle une fois homologuée n'est pas moins définitive que l'autre, puisque dans les deux cas la volonté d'un seul des conjoints est impuissante à la détruire, et d'autre part que la communauté, ainsi que l'admet Borsari lui-même, n'est pas du tout en harmonie avec la séparation (*loc. cit.*, nº 162).

(5) Art. 1441, *c. c.* : « La communauté ne peut se dissoudre que par

Par contre, lorsqu'il y a eu constitution de dot dans le contrat de mariage, il faut distinguer entre le mode gracieux et le mode contentieux, et, en outre, il faut sous-distinguer dans la procédure contentieuse. C'est qu'en effet la « séparation de la dot », envisagée comme l'accessoire d'une rupture personnelle, et non plus comme l'objet principal d'une action pécuniaire, est conçue comme une déchéance prononcée à titre de pénalité contre le mari fautif. Cette notion résulte du texte même de l'article 1418-2° du Code civil : « La séparation de la dot peut également « être demandée par la femme qui a obtenu une sentence de « séparation de corps *contre* le mari. » A l'instar des autres déchéances que nous avons citées, cette mesure ne peut donc jamais intervenir dans l'hypothèse de pacte homologué, puisque par nature cette décision n'intervient pas « aux torts » de l'un des époux ou des deux (1). Il ressort également de ce texte qu'elle n'accompagne pas n'importe quelle sentence proprement judiciaire, et même qu'elle n'a jamais lieu de plein droit. La femme, qui a obtenu gain de cause sur le fond, doit former une demande spéciale en vue de l'obtenir, et les auteurs consacrent de longs développements sur le point de savoir à quel moment peut être intentée cette seconde action (2). De même, la doctrine se trouve

la mort de l'un des conjoints, par la déclaration d'absence, par la séparation de corps définitive, et par la séparation judiciaire des biens. »

(1) Il serait en effet inexact d'interpréter la séparation consensuelle comme ayant été obtenue par chacun des époux contre l'autre, puisqu'aucune enquête n'est intervenue (Sechi, *loc. cit.*, n° 162).

Paoli, *La Dote*, p. 70 ; Galuppi, *La Dote secondo il diritto civile Italiano*, p. 305 et s., n° 200 ; Ricci, *Corso teorico pratico di diritto civile*, vol. VII, n° 65, p. 67 s. ; Vedani, *Sep. consensualee sép. della dote* (M. T., 1890.326).

Cass. Turin, 31 décembre 1885, G. Tor., 1886.77 ; C. de Turin, 13 décembre 1889, G. Tor., 1890.133. F. I.90.1.336.

(2) La doctrine la plus généralement suivie (E. Bianchi, Chironi, Giargiulo, Lomonaco, Paoli, Ricci) décide que la seconde action ne peut être intentée qu'après que la séparation personnelle est passée en force de chose jugée ; la raison invoquée est que la femme le plus souvent reculera devant cette double procédure, et ainsi sera plus favorable à une réconciliation. Néanmoins la jurisprudence se prononce généralement en sens contraire, et elle est approuvée par Stolfi (*op. cit.*, n° 391).

La Cour de cassation de Rome a décidé le 11 août 1893, (La Legge, 1893.II.398) que la sentence qui prononce la séparation personnelle peut prononcer aussi sur la demande en restitution des biens dotaux. Plus explicite, la Cour de cassation de Palerme a déclaré que la demande en séparation de la dot peut être formée en même temps que celle en séparation personnelle (27 novembre 1893, M. T. 1894.412). V. égale-

divisée quant aux effets du jugement prononcé aux torts réciproques des conjoints. Sechi examinant cette difficulté déclare : « Si dans le cas où la séparation a été causée uniquement par la « femme, il n'a pas semblé juste de faire perdre au mari innocent le droit d'administrer la dot, et de jouir de ses intérêts, « une telle considération n'est plus de mise quand la séparation « a été prononcée par la faute de tous les deux ; la faute de la « femme n'excluant pas celle du mari, il est juste qu'ils supportent l'un et l'autre les conséquences de leur mauvaise conduite (1). » Stolfi se prononce aussi en faveur de l'application en ce cas de l'article 1418 (2) solution plus en harmonie, selon l'observation de Ciccaglione, avec le principe de réciprocité des déchéances, affirmé par l'article 156 du Code civil (3).

Le mari continue donc, au cas de séparation consensuelle, comme au cas de séparation judiciaire par la faute de la femme, à faire siens tous les fruits et les intérêts de la dot, à charge de verser à celle-ci, qui peut en outre avoir des biens paraphernaux, une pension alimentaire fixée par le pacte ou déterminée par les juges (4).

Une telle solution peut, il est vrai, paraître injuste ou du moins peu satisfaisante, surtout dans le cas de ménage sans enfant. Aussi les tribunaux ont-ils eu à statuer, dans cette hypothèse, sur la demande de la femme tendant au versement par le mari de tous les revenus de sa dot. Mais la jurisprudence s'est refusée à accueillir cette prétention, notamment la Cour de Turin par un arrêt du 2 décembre 1890 (5). Suivant les motifs de cette décision, si ensuite d'une séparation une action en répar-

ment C. de Milan, 26 mai 1908, M. T. Mil., 1909.54 ; C. de Naples, 2 juin 1910, F. I., 1910.1.957 ; *Contra*, C. de Venise, 3 décembre 1907 ; Cass., Firenze, 1908.237.

(1) Sechi, *loc. cit.*, n° 139.

(2) Stolfi, *loc. cit.*, n° 392. *Contra Ricci*, VII, p. 65, 107 et s. C. de Catania, 12 février 1900, M. T., 1900, p. 414.

(3) Ciccaglione, *loc. cit.*, n° 450.

(4) E. Bianchi, *op. cit.*, n° 199.

(5) G. Tor., 1891.63.

La jurisprudence admet la cession des fruits de la dot à la femme parce qu'elle ne touche pas aux droits d'administration du mari: C. de Gênes, 3 août 1896, Giurista, 1896.317. Cass. Turin, 9 octobre 1895, G. Tor., 1895.715 ; C. de Bologne, 26 février 1904, M. T., 05.73.

Par contre, d'autres arrêts ont admis la restitution à la femme par pacte de l'administration et de la jouissance de ses biens dotaux ; C. de

tition des revenus de la dot est tout à fait légitime, il est absurde d'aller jusqu'à prétendre que lesdits revenus doivent être attribués entièrement à la femme, dans le cas où il n'y a pas d'enfant. Vainement l'on objecterait que, la destination de la dot étant de soutenir les charges du mariage, cette mission perd sa raison d'être dans l'hypothèse envisagée. Car s'il est vrai que la constitution de dot a pour but de faire participer la femme aux dépenses du ménage, il n'en reste pas moins, ainsi qu'il résulte des articles 1399, 1408, 1413 et 1420 du Code civil que le mari n'a pas seulement le droit d'administrer les biens dotaux tant que dure le mariage, mais encore la jouissance de leurs revenus, sous réserve des obligations qui lui sont imposées par les articles 132 à 136 du Code civil. Or le mariage n'est pas dissous par la séparation, qui, si elle interrompt la cohabitation, ne brise pas le lien dont découlent les droits et les devoirs qui viennent d'être rappelés. Vainement l'on objecterait aussi qu'en l'absence d'enfant il n'y a pas de charges à soutenir, car les conjoints demeurent : la femme, d'une part, à qui le mari est tenu de verser ce qui est nécessaire aux besoins de sa vie, dans les limites raisonnablement établies par la loi, et le mari, d'autre part, qui a le droit d'employer à la satisfaction de ses propres besoins ce qui reste desdits revenus, après qu'il a rempli ses obligations.

Cette argumentation, selon Sechi, est conforme aux principes fondamentaux qui règlent la matière, et épuise la question (1). La jurisprudence va même jusqu'à proclamer que l'ordre public s'oppose à ce que la séparation de la dot, qui ne découle pas légalement de l'article 158, soit prévue dans la convention (2).

§ 4. — Pouvoirs du Tribunal et nature juridique de ce mode de séparation.

Nous avons eu déjà l'occasion de le dire à propos de la formation et des effets du pacte, la loi a reconnu au tribunal le

Venise, 13 juin 1903, T. Ven., 3.489 ; Cass. Florence, 10 mai 1904, Ann., 1904.1.252.

(1) *Loc. cit.*, n° 163.

(2) C. de Gênes, 3 août 1896 précité.

pouvoir de modifier la convention conclue par les époux. Aussi, avant de rechercher quelle est la nature juridique de cet acte, convient-il de préciser le domaine de cette intervention possible de l'idée de contrainte.

On doit distinguer deux moments dans la durée de la séparation, celui de la conclusion de l'accord qui est régi par l'article 158 du Code civil, et celui où, au cours de son application, se produit une réclamation contre sa teneur, qui tombe sous le coup de l'article 811-3° du Code de procédure civile.

Le caractère purement consensuel de l'entente initiale relative au fait même de la séparation est certain ; il faut que chacun des conjoints accepte de suspendre la cohabitation, aucune décision judiciaire ne pourrait dans cette procédure l'imposer à l'un d'eux. Mais quant aux conditions de cette résolution, nous avons vu, malgré l'affirmation de principe que tout ce qui n'est pas ici commandé par la loi doit dépendre seulement du consentement mutuel des parties, la majorité de la doctrine permettre aux tribunaux d'édicter en cas de désaccord une solution forcée. C'est ainsi que, dès l'origine, les clauses relatives à la prestation d'aliments et au sort des enfants peuvent se trouver déterminées par voie d'autorité.

Bien plus, les juges se sont ici reconnus le pouvoir de regarder comme non avenue la volonté commune des deux parents. Affirmant qu'il est de leur devoir de veiller aux intérêts supérieurs de la famille, ils n'hésitent pas à modifier la convention (1). Observons simplement que le refus d'homologation pourrait suffire à cette sauvegarde.

Il peut se faire qu'après la décision rendue en chambre du conseil, approuvant les clauses de la séparation, les circonstances économiques ou familiales se transforment, et que le pacte ne réponde plus aux exigences nouvelles de la situation. Evidemment rien ne s'oppose alors à ce que les conjoints s'entendent pour lui apporter toute modification désirable ; ils doivent seulement dans ce cas solliciter une seconde homologation (2).

(1) C. de Genova, 6 octobre 1891, Ann., 92.III.58 ; C. de Venise, 4 nov. 1901, F. I, 02.1.127 ; C. de Florence, 9 avril 1905. F. I, 05.1.949 ; Stolfi approuve cette jurisprudence, *op. cit.*, 404.

(2) C. de Bologne, 26 février 1904, M. T. 05.73 ; Cass. Naples, 18 mars 1919, M. T. 19.688.

Que se passe-t-il, par contre, quand l'un d'eux se refuse à tout changement de l'accord primitif, devenu pour lui une source d'avantages ? En principe, ce qu'un concours de volonté a créé doit rester immuable, tant qu'un concours en sens contraire n'est pas réalisé pour l'abroger. Cependant le législateur a donné dans cette hypothèse un droit d'intervention au juge, complétant sa mission d'homologation par un pouvoir de révision.

L'article 811 du Code de procédure civile étend, en effet, à la séparation volontaire la disposition relative à la procédure contentieuse, qui reconnaît au tribunal le droit de révoquer, ou de modifier, selon les circonstances, sur l'instance de l'une des parties, la garde des enfants ou la pension. La comparaison de ce texte avec l'article 158 paraît bien impliquer une différence essentielle, quant au rôle dévolu dans l'un et l'autre cas à l'autorité judiciaire, et condamner l'interprétation extensive donnée à ce dernier par la jurisprudence.

Cette différence semble d'ailleurs facile à justifier. Lorsque les deux époux décident de vivre séparés, il peut arriver que chacun ait un égal désir de rupture, et que les torts de l'un soient équivalents à ceux de l'autre ; la convention alors a seulement pour objet d'assurer l'existence de chacun d'une façon équitable, et l'on comprendrait, à la rigueur, que le tribunal fut chargé d'accomplir cette opération dont le critère est simple. Mais souvent la responsabilité sera d'un seul côté, ou du moins ne sera pas exactement partagée, et des deux consentements l'un ne sera qu'une adhésion à la volonté de l'autre conjoint, qui serait fondé à former une demande judiciaire. Le pacte dans cette hypothèse prendra un autre aspect ; il constituera un véritable compromis entre des prétentions inégales, faisant droit aux exigences de l'un et consacrant les concessions de l'autre. L'acceptation ne sera donc accordée qu'en considération du bénéfice de toutes les clauses prévues dans le contrat ; et l'on concevrait mal que le tribunal eût pouvoir de le modifier, sans par là même le faire tomber. Par conséquent son intervention ne devrait consister qu'en une approbation ou un rejet global, restant libre aux parties dans le second cas de prendre une nouvelle détermination.

Il est admis dans le domaine de la juridiction gracieuse que

le juge peut rapporter sa propre décision ; car elle n'acquiert jamais force de chose jugée. Aussi semblerait-il normal que l'homologation pût être retirée, lorsque viendrait à se produire une situation telle qu'à ce moment elle serait refusée si elle était requise. Mais quel serait, à supposer l'impossibilité d'une modification amiable, le résultat pratique d'une demande de retrait ? Il est bien peu probable qu'alors serait reprise l'existence en commun ; la séparation continuerait en fait, mais elle serait privée de tout effet légal. Or, cette conséquence n'est pas satisfaisante.

Au fond, si la rupture amiable est dans sa formation très différente de la séparation judiciaire, et exige des règles spéciales, le modus vivendi qu'elle engendre ne se distingue pas, dans la réalité, de celui obtenu par la voie contentieuse. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que le législateur ait donné une solution unique au problème que nous envisageons. Ainsi dans le domaine du droit de famille l'autonomie des volontés ne saurait être absolument souveraine.

Qu'il nous suffise de signaler quelques applications de cette règle dans la jurisprudence. La Cour d'appel de Trani a jugé que, lorsque le mari, après une séparation volontaire où les époux ont convenu de vivre chacun sur ses biens, vient à faire un héritage considérable, la femme est bien fondée à exiger désormais une pension. Car il serait étrange que celle qui a gardé le droit de porter son nom ne puisse bénéficier de cet événement (1). Concernant la garde des enfants, la Cour de Florence a rappelé que même lorsqu'un commun accord a confié les filles à la mère et les garçons au père, ce dernier peut réclamer l'abrogation de cette clause en justice si la mère vient à vivre en concubinage, et celle-ci de même si le mari abuse de la puissance paternelle (2). L'un ou l'autre peut encore demander au tribunal de désigner une autre maison d'éducation que celle primitivement choisie, mais la requête doit se fonder sur des raisons sérieuses (3). La preuve des changements survenus, qui est une condition de

(1) 6 juin 1879, Gazz. del proc. XIV, 274 ; C. de Milan, 3 novembre 1892, M. T. Mil. 1892.1014 ; Trib. Milan, 10 août 1918, M. T. 19.123.
(2) 8 juillet 1873 (Ciccaglione, *loc. cit.*, n° 166).
(3) C. de Turin, 15 septembre 1875, G. Tor. XIII.91.

recevabilité de la demande, peut être proposée par le requérant au moyen d'un interrogatoire de l'autre partie (1).

En résumé la séparation consensuelle, telle qu'elle apparaît dans la jurisprudence, a pour origine nécessaire le concours des deux volontés des époux, simplement approuvée par le tribunal ; de même, nous le verrons, elle ne peut cesser pour faire place à une reprise de la vie commune que par une entente en sens opposé ou réconciliation. Pour ce qui est des conventions qui doivent l'accompagner, l'accord des parties, s'il est licite et même normal, n'est plus indispensable selon les tribunaux ; la décision du juge peut lui être substituée s'il n'a pu se réaliser, ou s'il apparaît critiquable. Enfin les changements devenus souhaitables au cours de sa durée peuvent être légalement fixés par voie d'autorité en cas de mésentente.

* * *

Quelle est maintenant la nature juridique de cette institution ?

Comme nous l'avons donné à penser en montrant les incertitudes et les contradictions concernant sa réglementation, dans la doctrine et la jurisprudence, les idées ne sont pas fixées sur ce point. La source de toutes les controverses est d'ailleurs facile à déceler, elle réside dans la dualité de ses éléments : le pacte et l'homologation ; l'un étant contractuel et l'autre juridictionnel.

Longtemps la doctrine n'a pas daigné s'intéresser à cette question. De son côté la jurisprudence, diversifiée par l'existence de plusieurs cours de cassation (2) et plus préoccupée d'étendre ses prérogatives que de respecter l'esprit sinon la lettre de la loi, s'est contentée de rendre des décisions d'espèce, souvent contradictoires. C'est seulement à une époque récente que les auteurs, poussés par la faveur croissante du public pour cette forme de séparation, et la multiplicité des problèmes posés à son

(1) C. de Florence, 8 juillet 1873, Ann. VII.2.606.

(2) Jusqu'à la réforme de 1924, qui a réalisé la Cour de cassation unique, elles étaient au nombre de cinq : Rome, Turin, Florence, Naples et Palerme ; seule il est vrai celle de Rome pouvait statuer en Chambres réunies.

sujet devant les tribunaux, se sont vus contraints de dégager une idée directrice de cette construction imposante, mais sans unité.

Certains théoriciens ont réagi vigoureusement contre les empiètements réalisés par l'élément « homologation » sur l'élément « pacte », et ont prétendu voir dans l'état engendré par la volonté des parties, approuvée par justice, une situation simplement contractuelle. Pour Lucci, par exemple, la séparation consensuelle est un contrat dont la validité est soumise à la formalité d'une homologation. L'intervention du juge n'a pas selon lui un caractère constitutif, mais simplement surajouté (1).

Naturellement le système édifié à partir de ce principe se sépare sur beaucoup de points de celui qui est en vigueur. D'après ses partisans, le lien de droit se trouve formé, et chacune des parties engagée irrévocablement, dès le moment où s'est réalisé l'accord des consentements. Un époux ne pourrait plus, par suite, retirer sa parole sous prétexte que l' « exequatur » n'a pas encore été donné, et même le Président pourrait d'office solliciter du tribunal l'homologation. C'est donc du jour du contrat que partent les effets de la séparation (2). La volonté autonome des conjoints est si bien créatrice de droit, que les juges n'ont pas à se préoccuper des motifs qui l'ont déterminée, mais uniquement de la liberté des consentements et de la teneur du pacte ; en d'autres termes, les époux peuvent toujours se séparer quand il leur plaît (3). Par ailleurs, il n'appartient jamais aux juges de fixer eux-mêmes les clauses du nouveau mode de vie, à plus forte raison leur est-il interdit de modifier les conditions qui ont été convenues par les parties, même celles ayant trait aux enfants.

(1) L'élément homologation est dit « *integrativo non sostantivo* », v. Lucci, *Contributo allo studio della separazione per mutuo consenso tra i coniugi*, dans *Rivista crit. di dir. e giur.*, 1903, p. 8. Trib. Naples, 27 juillet 1908, La Legge, 1909.248, note Galante.

(2) Sechi, *loc. cit.*, nº 154.

(3) De Ruggiero, *op. cit.* : « On nomme séparation consensuelle ou volontaire... celle qui, sans jugement préalable, et indépendamment des causes qui la provoquent, a lieu d'un commun accord entre les conjoints... Sa cause, au sens juridique de ce mot, est représentée uniquement par le consentement mutuel... Ce qui domine tout c'est la volonté commune des conjoints... on ne peut pas imposer aux époux qui ne veulent plus la subir la continuation de la vie commune. »

D'autres auteurs, au contraire, ont nié la nature contractuelle du pacte homologué. Fadda déclare avec autorité que la nature de la séparation consensuelle est essentiellement judiciaire, parce qu'elle ne peut subsister que par l'œuvre du juge (1). Pour sa part Cicu, dont nous connaissons la doctrine originale sur le mariage acte du droit public, affirme que la séparatian consensuelle naît d'un acte de juridiction, au même titre que la séparation contentieuse (2). L'accord préalable exigé par la loi se trouve donc absorbé, et même anéanti, par la sentence du tribunal. Le consentement n'est plus qu'une simple condition d'obtention du jugement, il n'en est plus le fondement.

Dans ce système, la situation des époux étant assimilée à celle résultant d'une action judiciaire unilatérale, il s'ensuit que les normes qui la régissent ne s'inspirent plus du tout des règles des contrats (3). Les juges doivent apprécier la valeur des griefs qui ont été articulés devant le Président, et accueillir la requête dans les seuls cas où il leur apparaît que l'existence commune est rendue impossible par des causes réelles et sérieuses. Les magistrats manqueraient, en outre, à leur devoir, s'ils laissaient les parents maîtres du sort de leurs enfants, car il appartient à la justice de veiller à l'intérêt de la famille.

Entre ces deux solutions extrêmes dont chacune, par une conception arbitraire, n'a voulu voir dans l'acte de séparation qu'un seul de ses deux éléments, s'est fait jour récemment, ainsi qu'il était à prévoir, une position intermédiaire.

Des arrêts avaient déjà parlé d' « institution sui generis » (4). Cette appellation vague, qui ne pouvait servir de guide à l'interprète pour la résolution des problèmes posés par la pratique, présentait du moins l'avantage, sur les concepts que nous venons de mentionner, de ne pas entraîner une systématisation abusive. On se souvient que devant nos anciens Parlements le pacte de séparation était couramment désigné du nom de transaction.

(1) *Pareri giuridici*, p. 364 (Turin, 1915).
(2) *Op. cit.*, p. 223.
(3) Si le consentement est retiré, aucune homologation ne peut plus intervenir, C. de Gênes, 23 juillet 1907, G. I. 07.789.
(4) C. de Gênes, 18 avril 1896, T. Gen. 96.247.

Sechi reprend cette terminologie (1), affirmant très nettement qu'« un procès-verbal de séparation, même homologué par le tribunal, n'est une sentence ni dans la forme, ni dans le fond » (2). Il développe ainsi sa pensée : « La séparation consensuelle dérive vraiment du consentement mutuel des conjoints, indépendamment de la vérification, ou non, de quelques-uns des faits que la loi établit comme causes de séparation. Mais pour qu'elle ait une valeur juridique, il est nécessaire que l'acte formel de ce consentement soit approuvé par le juge » (3).

Néanmoins la doctrine la plus autorisée répugne à faire entrer dans une catégorie toute faite la mesure dont s'agit, et, dans le difficile équilibre qui s'impose à son habileté, semble plutôt pencher vers la thèse de Cicu, que vers celle de Lucci. A défaut de concept adéquat, elle a trouvé dans le domaine du droit de famille une comparaison, qui aide à rendre compte de la nature particulière de ce mode de séparation. C'est de l'adoption que nous voulons parler, dont Vigliani, lors des travaux préparatoires, avait déjà invoqué l'exemple pour repousser l'envahissante notion de contrat de la théorie du mariage (4). Le rapporteur du premier livre du Code civil invoquait, en effet, l'indissolubilité du lien formé par l'adoption, pour conclure par voie d'analogie au caractère civil, et non pas spécifiquement confessionnel, de l'indissolubilité du mariage.

Le même exemple, envisagé cette fois quant à sa formation (5),

(1) Sechi, *loc. cit.*, n° 166 : « La séparation consensuelle implique au fond une transaction.

(2) Sechi, *loc. cit.*, n° 162.

(3) Sechi, *loc. cit.*, n° 154.

(4) *Lavori Preparatori* (éd. 1866), I, pp. 222, 223.

(5) Il est intéressant de noter à ce propos comment est envisagée la question de l'adoption. — Stolfi, *op. cit.*, n° 982 :

« Il y a controverse sur le caractère contractuel, ou non, de l'adoption. Ce caractère est indiscutable dans certaines législations, par exemple celles du type allemand... Au contraire dans les législations du type français, s'agissant de l'état des personnes, on n'a pas voulu la laisser à la libre disposition des parties. Il ne suffit donc pas que celles-ci aient donné leur consentement pour que l'adoption s'accomplisse, mais il faut qu'intervienne une décision de la cour d'appel, qui n'est pas simplement une homologation de ce consentement. En sorte que ladite décision n'implique pas une insuffisance de capacité des parties, mais est un élément constitutif de l'acte... (Cicu, *op. cit.*, p. 226 s.) Alors que le troisième projet du Code Napoléon déclarait expressément que l'adoption était irrévocable (art. 27) cette règle fut abandonnée comme inutile...

« N° 983 : ... il ne suffit pas que les conditions requises par la loi

a été repris par Fadda (1), et ensuite par Stolfi, pour montrer que la séparation consensuelle n'est ni une simple convention, ni un véritable jugement. « Dans l'adoption, écrit ce dernier auteur, il y a également d'un côté le consentement des parties, et de l'autre la décision de la Cour qui l'autorise ou non. Dans les deux cas *il ne s'agit pas d'une simple homologation destinée à suppléer l'insuffisante capacité des parties*, mais bien d'un élément constitutif de l'acte, sans lequel leur consentement ne produirait aucun effet juridique. » (2) Stolfi, partisan résolu du droit de famille fondé sur la notion d'institution sociale, insiste spécialement sur l'un des côtés négatifs de sa thèse, à savoir que la séparation n'est pas assimilable, en droit positif italien, à un simple contrat : « A mon avis, dit-il... [la] théorie qui donne au système de la séparation « bona gratia » une nature essentiellement contractuelle, est absolument inacceptable. En effet, l'homologation par le tribunal du procès-verbal, à l'élaboration duquel le Président a concouru en même temps que les conjoints, a une nature constitutive et non déclarative, parce qu'elle sanctionne une modification profonde du lien conjugal. » Reprenant une formule de Fadda, il ajoute : « La loi ne dit pas que la séparation demeure inefficace sans l'homologation du tribunal, mais bien qu'elle ne peut avoir lieu... c'est-à-dire qu'elle ne prend pas vie. »

Pour ce qui est de l'aspect positif de sa pensée, l'auteur, beaucoup plus bref, n'est pas sans faire montre d'un certain embarras. « Il n'y a pas là, déclare-t-il, de contrat, mais un *acte complexe* qui reçoit vie au moment de l'homologation du tribunal » (3). Il ne donne pas du contenu de cet acte l'analyse qu'on serait en droit d'en attendre, mais cette simple explication : « il est

soient réunies lors du consentement des parties, il faut qu'elles durent jusqu'à la décision de la Cour ; jusqu'à ce moment aussi bien l'adoptant que l'adopté peuvent révoquer leur consentement (ART. 217 : L'adoption admise par la Cour d'appel produit ses effets à dater de l'acte de consentement ; mais tant que l'arrêt de la Cour n'a pas été prononcé, l'adoptant comme l'adopté peuvent révoquer leur consentement. — *Contra* en droit français, AUBRY et RAU, VI, p. 131) ; toutefois, le code a atténué la rigueur de ce principe en admettant que la Cour puisse prononcer l'adoption, même si l'adoptant est mort après la présentation de l'acte de consentement à la Cour, et avant l'homologation (ART. 212-2°)

(1) FADDA, p. 441 s.
(2) STOLFI, *op. cit.*, n° 401.
(3) STOLFI, *op. cit.*, n° 402.

vrai que cette forme de séparation est *fondée* sur le consentement des conjoints, mais cela ne constitue que des prémisses, que le juge prend pour *point de départ* pour convertir la situation voulue par les parties en une situation légale. » (1)

Comme on le voit, Stolfi hésite à développer tous les enseignements virtuellement contenus dans la comparaison tirée de l'adoption. Il se borne, d'autre part, à souhaiter que le législateur mette fin aux controverses par des dispositions plus complètes,et reprenne certains des projets de la Commission Sarde (2).

On peut dire, en somme, que la doctrine italienne, après avoir erré de l'affirmation presqu'absolue du principe d'autonomie de la volonté, jusqu'à l'affirmation de la toute puissance du juge, paraît avoir compris que les deux éléments exigés par la loi sont placés par elle sur le même plan, et que de la complexité du mode de formation ne peut naître qu'une situation complexe dans sa nature. Elle semble donc en voie de dégager le principe qui permettra aux praticiens d'élaborer une construction homogène, en faisant à l'autorité sociale sa part légitime d'intervention, et en laissant aux individus une part non moins légitime de liberté. Toutefois, cette conciliation nécessaire n'est pas encore réalisée dans une théorie claire et rationnelle.

§ 5. — **Modes de cessation de la séparation consensuelle.**

Il ne nous reste plus à parler que des modalités suivant lesquelles peut prendre fin l'état de séparation obtenu par la procédure gracieuse.

A l'instar des autres situations créées par un concours de volontés, mais non pas à raison de cette circonstance (car il en va de même en matière contentieuse), la séparation qui prend naissance par un pacte exige pour sa cessation l'accord des deux parties (3). C'est l'hypothèse de réconciliation. Suivant les

(1) Stolfi, *op. cit.*, n° 401.
(2) Stolfi, *op. cit.*, n° 340.
(3) Secchi, *loc. cit.*, n° 151, et C. de Florence, 2 juillet 1871, Ann. V.2.284.

termes de l'article 157 du Code civil, elle peut être réalisée par une déclaration expresse, mais aussi par le simple fait de la cohabitation, sans que soit nécessaire une intervention de l'autorité judiciaire. Toutes les clauses convenues, ou imposées, dans la convention ne produisent plus d'effet (1).

Quant au point de savoir si après une séparation consensuelle reste possible une action judiciaire aux fins de séparation contentieuse, plusieurs opinions ont été soutenues qui ont eu des échos devant les tribunaux (2).

On a prétendu tout d'abord qu'une telle demande, justifiée par les avantages propres à cette seconde forme de procédure, serait toujours possible, même fondée sur des causes antérieures au pacte. On fait remarquer en ce sens que l'homologation, prononcée en chambre du conseil, n'acquiert jamais force de chose jugée, et que par conséquent on ne peut faire jouer l'exception « non bis in idem » (3).

Dans un sens absolument contraire, on prétend l'action nouvelle toujours irrecevable, sous prétexte que son objet se trouve déjà rempli par la première sentence (4). C'est ainsi que la Cour de Cassation de Rome a jugé que : « la séparation des conjoints étant la même, bien que ses causes et ses effets puissent être différents, il n'est possible de revenir sur la résolution commune du mari et de la femme, que par un nouvel accord mutuel et libre » (5). Lucci se range à cet avis, mais il le justifie différemment. Pour lui, dès que l'accord se trouve réalisé, chaque partie est liée, non seulement à l'égard des faits antérieurs, mais encore par rapport à ceux qui se produiront par la suite.

(1) CICCAGLIONE, *loc. cit.*, nº 189.

(2) LOSANA, *La sép. giudiziale dopo la consensuale* (Rolandino, 1902. 293).

(3) CICCAGLIONE, *loc. cit.*, nº 135. C. de Casale, 31 décembre 1874, Ann. XI.2.164 ; Cass. Turin, 19 juin 1871, Ann. V.1.93 ; C. de Naples, 15 avril 1886, La Legge II.818.

(4) Lucci admet que l'acceptation de la séparation gracieuse équivaut à une renonciation réciproque à invoquer les effets plus complets que la loi attache à la séparation contentieuse ; mais il dénature complètement le caractère de l'institution en déclarant dès lors soustraites aux sanctions légales les unions irrégulières formées par les époux séparés. Il en arrive à donner ainsi à la séparation le contenu effectif du divorce. (D'après STOLFI, *op. cit.*, nº 406.)

(5) 14 juin 1886, G. I, 1886.1.1.314 ; C. de Venise, 4 novembre 1901, F. I, 02.1.127.

Entre ces deux positions extrêmes, une théorie intermédiaire qui est aujourd'hui dominante, a pris pour base l'idée de transaction (1). Elle distingue entre les faits, ceux qui se sont produits avant la convention et ont été connus des deux parties, et ceux qui n'ont eu lieu, ou n'ont été connus de l'époux lésé, que postérieurement à cet acte. Les premiers sont couverts par l'accord qui les a pris en considération; les seconds, au contraire, peuvent justifier un droit nouveau au profit de l'époux innocent. Cette distinction se trouve très exactement formulée dans un arrêt de la Cour de Bologne : « suivant les principes de la justice et les règles générales du droit, la séparation déjà obtenue fait obstacle à la demande en séparation judiciaire, si elle se fonde sur des faits antérieurs, et déjà connus de l'autre conjoint, au moment où il a consenti à la séparation amiable, préférant ne pas les invoquer ni les faire constater ». (2) Mais par ailleurs la Cour ne s'en tient pas à ce simple critère, elle ajoute : « et même lorsqu'elle se base sur des faits postérieurs identiques, qui ne sont pas plus graves que ceux qu'il connaissait déjà ». La justification qu'elle donne de sa doctrine est fort brève : « La nature contractuelle et transactionnelle de l'acte passé entre les parties, pour l'abandon des conséquences plus rigoureuses établies par la loi, empêche que l'une d'elles puisse briser cet accord sans le consentement de l'autre. »

Sechi adopte ce système, mais il fait des réserves sur la seconde proposition de la Cour de Bologne ; car, dit-il, de ce que le conjoint innocent a voulu pardonner un fait isolé, il n'est pas légitime de déduire qu'il a par là même permis à l'autre de le répéter ad libitum. En vérité, le pardon qu'il accorde se trouve subordonné, du moins implicitement, au repentir du coupable et à la promesse qu'il ne commettra plus la faute qui lui est remise. Cet auteur fait en outre observer, à l'encontre du deuxième système, qu'il n'est pas suffisant d'accorder au conjoint outragé

(1) Cass. Turin, 14 décembre 1887, G. Tor. 88.59 ; Cass. Florence, 30 mai 1902, F. I. 02.1.915 ; Cass. Naples, 30 juillet 1909, Dir. Giur. XXV.262 ; C. de Milan, 20 avril 1909, M. T. Mil. 09.950 ; C. de Bologne, 14 mai 1909, F. I. 09.1.966.

V. Pranzataro, *Della azione per separazione giudiziale dopo la consensuale* (G. I. 1903.1.2.69).

(2) 7 juillet 1886, Riv. Bol. 1886.280.

les sanctions de la loi pénale pour punir les dérèglements de l'autre, car la déchéance des avantages nés du mariage, dont il se rend indigne, ne peut être produite que par un jugement de séparation contentieuse (1). Stolfi adhère lui aussi à cette théorie, et ajoute comme cause d'admission d'une nouvelle procédure l'inexécution par une partie des conditions du pacte, non pas sans doute qu'elle suffise à elle seule à servir de base à l'action, mais en tant qu'elle fait revivre les griefs effacés (2). Cet effet caractéristique des règles des contrats, confirme la position intermédiaire de Stolfi quant à la nature de l'institution.

Cette question de la résolution du pacte, comme conséquence de l'inexécution de ses obligations par l'une des parties, a d'ailleurs donné lieu à des incertitudes dans la jurisprudence. La condition résolutoire fut d'abord regardée comme nulle par la Cour de Gênes (3), puis sur pourvoi jugée valable par la Cour de cassation de Turin ; car la reprise de la vie commune devant en résulter n'avait rien d'illicite (4). Depuis la solution négative a été reprise, mais sans qu'on puisse, semble-t-il, la considérer comme définitive (5).

Le statut des époux séparés à l'amiable peut donc s'effacer pour faire place à une reprise de la vie commune, ou bien à une séparation judiciaire ; nous savons que la loi italienne n'admet pas le divorce. Elle peut également prendre fin par une annulation du mariage. Par exemple, la Cour de Venise a décidé que cette situation ne constitue pas un obstacle, comme cause de déchéance ou présomption de renonciation, à une action en nullité (6). Il semble à première vue que la solution va de soi ; cependant elle n'a pas reçu de la doctrine une approbation sans réserve. Sechi ne nie pas la valeur des considérations retenues par les juges, c'est-à-dire le principe qu'il n'y a pas de déchéance sans texte, et l'argument tiré *a fortiori* de la recevabilité de l'action après une séparation contentieuse. Il exprime néanmoins

(1) Sechi, *loc. cit.*, n° 166.
(2) Stolfi, *loc. cit.*, n° 406.
(3) 18 avril 1896, T. Gen. 1896.247.
(4) 15 décembre 1896, G. Tor. 1897.42.
(5) C. de Turin, 16 février 1900, G. Tor. 1900.390.
Cicu, admet la validité de cette condition (*op. cit.*, p. 254).
(6) 26 novembre 1902, F. I. 03.1.185.

certains doutes sur l'exactitude de la solution. L'état de séparation, dit-il, faisant cesser la cohabitation, suspend par là même l'un des buts essentiels du mariage qui est la procréation des enfants. Or la capacité physique n'est exigée par la loi comme une condition de validité de l'union conjugale, que pour l'accomplissement de cette fonction. Il s'ensuit que l'époux qui, malgré le vice de son conjoint connu à ce moment puisqu'il n'a plus par la suite occasion de se révéler, a consenti la conclusion d'un simple pacte de séparation, doit être regardé comme ayant renoncé au bénéfice de son action en nullité. Il s'est mis, en effet, volontairement dans une situation telle, que l'incapacité de l'autre époux ne peut plus lui causer préjudice, et par conséquent sa demande doit être rejetée pour défaut d'intérêt (1).

Appendice. — *Statistique. Conclusion.*

Nous avons présenté de la séparation consensuelle un exposé descriptif aussi complet que nous a paru l'exiger le but que nous poursuivons ; nous attachant surtout aux principes et à leur justification, sans vouloir entrer dans le détail des espèces jugées par les tribunaux. Nous avons déjà deviné, au caractère jurisprudentiel des règles principales de cette construction, la place importante conquise dans les mœurs par la procédure gracieuse, importante révélatrice d'un véritable besoin social. Il est intéressant à cet égard de consulter les chiffres fournis par la statistique, ils sont plus éloquents que les appréciations subjectives des auteurs, parce que plus certains (2) (voir tableau page suivante).

On aperçoit immédiatement que le nombre des décisions gracieuses dépasse largement la moitié du chiffre total. D'une façon plus précise, et pour la période récente comprise entre 1910 et 1917, on constate que sur 6.302 décisions de séparation, 3.975

(1) Sechi, *loc. cit.*, n° 165.

(2) Tableau tiré de la *Statistia giudiziarica civile del* 1912, p. CXXXV (Stolfi, *op. cit.*, n° 338, note), complété pour les années postérieures à 1912, par Caby, *op. cit.*, p. 266.

Années	Demandes			Sentences				Total des séparations accordées
				Consensuelles		Contentieuses		
	Consensuelles	Contentieuses	Total	Homologations	Rejets	Prononçant la séparation	Rejets	
1884-86	197	1.049	1.246	422	4	122	20	544
1887-89	275	1.028	1.303	409	5	185	25	594
1890-92	399	1.026	1.425	420	2	203	24	623
1893-95	454	1.193	1.647	448	1	249	24	697
1896-98	495	1.296	1.791	486	1	272	33	758
1899-01	517	1.357	1.874	513	2	299	36	812
1902-04	516	1.508	2.024	504	1	342	32	846
1905-07	454	1.681	2.135	529	3	350	33	879
1908-10	532	1.779	2.311	527	3	381	42	908
1911	642	1.953	2.595	607	5	364	34	971
1912	654	1.963	2.617	628	3	375	41	1.003
1913	685	1.716	2.401	663	6	349	23	1.012
1914	601	1.770	2.371	607	3	372	22	979
1915	557	1.545	2.102	526	5	341	37	867
1916	457	1.227	1.684	464	1	303	22	767
1917	494	1.253	1.747	480	2	223	29	703

ont eu lieu par consentement mutuel, soit 63 % (1). Ainsi se vérifie la remarque de Stolfi, que l'importance relative des deux séparations est exactement contraire dans les faits de celle qui apparaît dans le code (2).

Une autre constatation, non moins intéressante, résulte de la comparaison des décisions de rejet dans les deux procédures. Alors que la quasi totalité, 99 %, des requêtes consensuelles sont homologuées, ce qui jette un jour singulier sur la nécessité du contrôle judiciaire, 10 % environ des demandes contentieuses échouent sur un refus des juges.

Enfin il apparaît, et c'est là la donnée la plus visible du tableau, que la plupart des procédures ne sont pas poursuivies jusqu'au bout. Il n'est qu'à comparer le total des demandes au nombre des séparations accordées, accru des décisions de rejet, pour s'en rendre compte. Or ces abandons d'instance se produisent presque exclusivement en matière contentieuse ; ce qui tendrait à prou-

(1) Nous avons vu qu'en Autriche la proportion atteint 75 %.
(2) Stolfi, *op. cit.*, n° 338.

ver que la détermination des époux est plus résolue, c'est-à-dire le plus souvent mieux fondée, lorsqu'elle se traduit dans un pacte que lorsqu'elle provoque une action judiciaire. Ce fait n'a d'ailleurs pas lieu de surprendre, car les dissentiments, qui s'apaisent après la formation de la demande dans la procédure contentieuse, se dissipent au cours des négociations du contrat, c'est-à-dire avant le dépôt de la requête, quand les conjoints ont fait choix de l'autre processus.

Il serait d'ailleurs inexact de penser que toutes les instances interrompues le sont par la réconciliation des conjoints. La séparation de fait existe en Italie comme en France, elle y offre le même avantage consistant dans l'absence de frais, et sans doute bien des procès trouvent en elle une issue facile. Stolfi consacre à la situation qui en résulte des développements importants (1), car si elle est extra-légale, elle ne laisse pas cependant de produire des conséquences qu'il est impossible au juge de méconnaître. Il ne faudra donc pas s'attendre, si un jour le législateur français proclame la licéité du pacte de séparation, à la complète disparition de ce « phénomène pathologique de la vie conjugale » (2).

(1) *Op. cit.*, nº 410 à 424.
(2) Stolfi, *op. cit.*, nº 416.

CHAPITRE III

LA SÉPARATION PAR CONTRAT EN DROIT ANGLAIS

A la différence de la législation italienne qui, malgré des particularités notables, est, peut-on dire, proche parente de la nôtre, le Droit Anglais est lui profondément original (1). Alors que le juriste français peut sans difficulté entreprendre l'étude d'une partie quelconque du droit appliqué au delà des Alpes, et saisir aisément sa raison d'être et sa portée, — il est au contraire absolument déconcerté lorsqu'il aborde la «Common Law»(2) sans initiation préalable. Le système juridique d'Outre-Manche est en effet, original non seulement quant à sa technique, c'est-à-dire à la mise en œuvre des principes, mais quant aux conceptions fondamentales elles-mêmes sur lesquelles reposent les institutions.

(1) Nous avons cru devoir conserver la manière usuelle de citer en Angleterre. Pour les ouvrages en plusieurs volumes le numéro du tome se place avant le titre ou son abrégé, et celui de la page après.

D'autre part, nous avons suivi la notation anglaise à l'égard des lois *(Acts.)* Un statut comprend l'ensemble des lois votées pendant une session annuelle du Parlement. Chaque loi votée pendant cette période constitue un des chapitres de ce statut. On cite le statut par le nom du souverain, précédé de l'année de son règne à laquelle correspond le statut, et chaque loi par le numéro du chapitre qu'elle forme dans ce statut.

Par exemple : *St.* 36 *et* 37 *Vict. c.* 66 = 66e loi votée par le parlement pendant la session correspondant à la 36 et 37e années du règne de Victoria, c'est-à-dire 1873. Les lois les plus importantes sont également désignées par un titre qui indique leur objet, ainsi celle que nous venons de mentionner est également citée : *Judicature Act.* 1873. Cf. *Stephen's Commentaries*, éd. 1928, t. I, p. 66.

Pour les décisions de jurisprudence elles sont spécifiées par le nom des parties : *A. v. B.* ; *v.* signifiant *versus*. Cet usage remonte à l'époque où les hommes de lois anglais parlaient un latin plus ou moins barbare. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, t. II, p. 223 s.

(2) Nous entendons cette expression ici dans un sens large, et non par opposition à *Equity* ; c'est la traduction de la vieille expression « Commune Ley » qui était employée au XIVe siècle, alors que le français était la langue judiciaire anglaise.

Deux idées surtout permettent de rendre compte de ce caractère, que ne saurait suffire à expliquer la situation insulaire de la Grande-Bretagne. En premier lieu, le Droit Anglais s'est gardé jalousement de l'influence romaine, après la renaissance médiévale des ouvrages de Justinien (1) ; ce qui lui a permis de poursuivre son évolution naturelle, toute inspirée de notions féodales. D'autre part, de formation essentiellement jurisprudentielle, ce « judge made law » (2) est demeuré étranger à l'esprit de système, qui sur le continent a abouti à l'élaboration des Codes (3). D'un point de vue négatif on peut donc opposer la « Common Law » à notre code civil, en disant qu'elle ignore à la fois ses classifications romaines, et les constructions logiques qui, au cours des siècles, ont été édifiées sur elles.

Toutefois, il ne faudrait pas étendre indistinctement cette opposition à l'ensemble du droit privé. Certaines matières sont, en effet, moins éloignées que d'autres des institutions correspondantes que nous connaissons ; toutes les parties de la Common Law ne sont pas au même titre spécifiquement Anglo-Saxonnes. S'il est vrai que les droits réels, les contrats ou les successions, soient conçus d'une manière si profondément dissemblables dans les deux pays, que les termes juridiques eux-mêmes soient intraduisibles d'une langue à l'autre (4), il semble par ailleurs

(1) L'usufruit par exemple est ignoré en Angleterre ; l'adoption de même y est restée inconnue jusqu'à nos jours. Toutefois le mouvement législatif contemporain semble devoir transformer quelque peu l'aspect traditionnel de ce droit. V. « *Legitimacy* » et « *Adoption of Children Acts* » (1926).

(2) Dicey, *Le Droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIX^e siècle* (trad. A. et G. Jeze, 1906), XI^e leçon ; *La législation judiciaire*, p. 340 : « ... la meilleure partie du droit anglais est le droit fait par les juges », et p. 470 : « Quiconque est de bonne foi... admettra facilement que le droit fait par les juges est aussi valablement du droit que le sont les lois faites par le Parlement. »

Cf. Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*.(Oxford, 1927), en particulier sur le développement du principe de la force des précédents ; et l'article du même dans 41, L. Q. R. (1925), 329 : « *Precedent and logic* ».

(3) Par exception les œuvres de Pothier ont joui en Angleterre d'une grande autorité ; v. les dicta du juge Best dans *Cox v. Troy* (1822) 5 B. & Ald. 479,489 et de Lord Blackburn, dans *Mac Lean v. Clydesdale Banking C°* (1883) 9 App. Cas. 95-105. — Certain passage de son *Traité des Obligations* concernant l'erreur sur la personne, fut même regardé comme ayant force de loi par le Juge Fry dans *Smith v. Wheatcroft* (1878) 9 Ch. D. 223 ; cf. *Said v. Bett* (1920) 3 K. B. 497.

(4) Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre*, t. I (Paris,

certain que le droit de famille ne présente pas au même degré cette contrariété. En réalité, cette règlementation doit être envisagée sous deux aspects : l'un proprement moral et l'autre pécuniaire ; car la famille n'unit pas seulement des personnes, elle établit aussi des rapports entre les patrimoines. Sans doute pour ce qui est de l'aspect pécuniaire, il est subordonné aux règles générales relatives aux biens, et par là soumis à des causes de particularisme ; mais pour ce qui est au contraire de l'aspect moral, il constitue un domaine autonome. Or l'Angleterre, à l'égal des autres pays de civilisation chrétienne, a subi sur ce point l'action prépondérante de la discipline canonique ; la juridiction ecclésiastique y est demeurée compétente jusqu'à une époque récente, et l'on peut dire que la Réforme n'a pas produit chez elle, au point de vue qui nous préoccupe, le même bouleversement qu'a entraîné chez nous la Révolution. Il n'apparaît donc pas qu'on doive, *a priori*, considérer les deux systèmes législatifs comme imperméables l'un à l'autre en ce qui concerne le lien matrimonial.

§ 1. — Aspect général du droit de famille : nature du mariage et rapports entre époux.

L'absence de codification est peut-être un bien en ce qu'elle permet l'évolution continue du Droit, que peut au contraire entraver l'existence de textes relativement rigides. Mais, par contre, il est indéniable qu'elle présente le désavantage de priver l'interprète d'une ressource précieuse, pour pénétrer l'esprit des nstitutions. Nous avons dégagé la conception italienne du mariage des travaux préparatoires du code civil ; nous procéderons de même à l'égard du Code Napoléon. Or c'est là un moyen d'investigation qui fait absolument défaut en Droit Anglais. Par ailleurs la doctrine britannique semble plutôt préoccupée de donner des solutions concrètes aux questions de la pratique,

1928), p. 355 : « Les catégories continentales et celles du droit anglais ne coïncident pas ; et si l'on essaie, malgré cela de passer outre, on risque de commettre de véritables contresens.

que de considérer les problèmes juridiques sous l'angle des principes.

Cependant le jurisconsulte désireux d'approfondir une question de droit n'est pas privé de documents : il a à sa disposition une source originale qui réside dans les « dicta » des juges. Tandis que les sentences des tribunaux continentaux sont rédigées sous forme impersonnelle, les décisions des Cours anglaises sont motivées par les propres paroles des magistrats ayant eu à statuer. Aussi, comme on aime à citer en France l'opinion des auteurs les plus considérables, rapporte-t-on avec déférence Outre-Manche l'avis des juges les plus fameux.

C'est ainsi que nous sommes renseigné sur la façon dont les Anglais comprennent la nature juridique du mariage par un dictum de Lord Robertson, prononcé à propos d'une affaire *Duntze v. Levett.* Et tel est le crédit attaché à cette déclaration, qu'on la trouve reproduite dans les manuels américains d'enseignement (1). « Le mariage, suivant cet éminent magistrat, est un contrat *sui generis*, différent sous plusieurs rapports de tous les autres contrats, en sorte que les règles qui régissent leur interprétation et leur exécution ne sauraient lui être appliquées. Le contrat de mariage est la plus importante de toutes les transactions humaines. C'est la véritable base de l'édifice social tout entier. La formation du mariage, comme celle de tous les autres contrats, repose sur le consentement des parties ; mais il en diffère en ce que, les droits, obligations ou devoirs qui en découlent, ne dépendent pas entièrement de leurs libres dispositions, mais appartiennent jusqu'à un certain point au pouvoir réglementaire de l'Etat, contre lequel aucune manifestation de leur volonté n'est possible. Il confère aux enfants qui naissent des époux le statut d'enfants légitimes, avec tous les droits, les devoirs et les privilèges qui s'ensuivent. Il engendre les liens de parenté et d'alliance. En un mot il pénètre le système tout entier de la société civile... Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que les droits, devoirs et obligations résultant d'un contrat d'une telle importance, ne soient pas laissés à la discussion et au caprice

(1) W. Backstone, *Commentaries on the laws of England* (4e éd., par G. Chase, New-York, 1917), p. 141, note 1.

des parties contractantes, mais soient règlementées sur beaucoup de points importants par la loi... »

C'est la même conception que l'on trouve exprimée dans l'ouvrage bien connu d'Eversley « Law of the Domestic Relations », l'un des rares livres où la question soit débattue. Mais l'auteur précise davantage l'analyse, distinguant dans le mariage deux choses : l'acte juridique qui lui donne naissance, et c'est bien pour lui un véritable contrat, et d'autre part, la situation qui en découle, et c'est selon lui un « status » ; la volonté des parties est absolument autonome à l'égard du premier, mais n'a aucun droit sur le second. Le mariage, à ses yeux, reste donc bien une convention, mais c'est aussi quelque chose de plus. A ce sujet il rappelle que les jurisconsultes romains n'en traitaient pas au titre des Obligations, mais sous celui de « Status » dans le Droit des Personnes (1).

La plupart des civilistes français, bien que la notion de contrat compte aujourd'hui des adversaires, pourrait souscrire sans réserve à cette définition, dont le caractère général lui-même marque bien l'absence de particularisme du droit anglo-saxon sur ce point.

De la conception théorique, si nous passons maintenant à l'organisation positive du mariage, et spécialement, puisque c'est là la question qui nous intéresse, aux modes de dissolution, ou de relâchement du lien conjugal, nous constatons qu'ici encore le système anglais ne heurte pas davantage notre manière de voir.

« Il existe trois moyens pour suspendre ou rompre les relations conjugales, nous enseigne Eversley : 1° par contrat de séparation ; 2° par divorce *a vinculo matrimonii*, ou dissolution du mariage ; 3° par séparation judiciaire (2) ». Ainsi, tandis que la législation italienne proclame le principe d'indissolubilité absolue, conservé du droit canonique pour des motifs purement laïques, et ne connaît que la séparation de corps ; — la loi anglaise, comme notre code civil, règlemente à la fois le divorce et la séparation. Mais tandis que chez nous le divorce est large-

(1) Eversley, *Law of the Domestic Relations* (4e éd. par A. Cairns, Londres, 1926), p. 1 et s.
(2) Eversley, *op. cit.*, p. 416.

ment admis, tant par le code qui l'autorise pour plusieurs causes, que par les tribunaux qui interprètent extensivement les textes, en Angleterre il ne peut être prononcé que dans le seul cas d'adultère. Par contre la séparation judiciaire peut avoir lieu dans d'autres hypothèses, étant à juste titre considérée comme une mesure moins grave.

On serait tenté de croire que l'introduction du divorce en Angleterre date de la réforme religieuse du XVI^e^ siècle, car pour les écoles protestantes l'Evangile selon saint Mathieu en consacre la légitimité dans l'hypothèse de fornication. En vérité, il n'en est rien ; cette institution ne s'est développée que très tardivement. Jusqu'à la loi du 28 août 1857 (1), le Parlement avait exclusivement compétence pour l'accorder (2). Il fallait un acte législatif, et les frais de cette procédure étaient tels, que seuls les gens très riches pouvaient y recourir (3). L'opinion publique ayant fini par s'émouvoir de cette situation anormale, c'est alors que fut promulguée, après plusieurs enquêtes, la loi précitée. D'après le système primitif les deux époux n'avaient pas des droits identiques : pour le mari il était suffisant de prouver simplement l'adultère de sa femme ; pour l'épouse, au contraire, il était exigé qu'elle établît en outre, des circonstances aggravantes, telles la bigamie, l'inceste, le rapt, les sévices, l'abandon prolongé, ou encore un vice contre nature (4). Depuis 1923 cette inégalité a disparu (5).

Le législateur a donc manifesté nettement sa volonté d'enfermer le divorce dans des limites étroites. En vue d'empêcher plus sûrement des abus, malgré tout possibles, il a par ailleurs attribué au représentant de la Couronne, constitué défenseur du lien matrimonial, des pouvoirs extraordinaires (6). Lorsque la demande est accueillie, la décision qui intervient est obligatoire-

(1) *St.* 20 & 21 *Vict.* c. 85. *Matrimonial Causes Act.* 1857.
(2) Cette règle s'était établie à la suite d'une requête présentée par Lord Ross en 1666, pour obtenir l'autorisation de se remarier ensuite d'un jugement de séparation de corps.
(3) Pendant tout le cours du XVIII^e^ siècle, la moyenne fut de un divorce par an ; elle s'éleva de 1800 à 1850 à cent dix.
(4) *St.* 20 & 21 *Vict.* c. 85, § 27.
(5) *St.* 13 & 14 *Geo. V. c.* 19. *Matrimonial Causes Act.* 17 *juillet* 1923.
(6) *St.* 23 & 24 *Vict. c.* 144 (1860) ; disposition reproduite dans le *Judicature Act.* 1925, *s.* 183, 1 *et* 2.

ment un « decree nisi », c'est-à-dire un jugement provisoire. Il ne devient définitif ou « absolute » qu'après l'expiration d'un délai de six mois, pendant lequel le « king's proctor » peut agir pour le faire rapporter, s'il apprend la collusion frauduleuse des époux, ou encore l'existence d'une fin de non-recevoir (1).

La loi de 1857 a également organisé la séparation de corps judiciaire pour causes déterminées, qui sont l'adultère, les sévices, l'abandon sans motif ayant duré deux ans, ou l'existence d'un vice contre nature. Jusqu'à cette date il fallait recourir aux tribunaux ecclésiastiques pour l'obtenir.

A la différence du code civil, la loi anglaise ne permet jamais sa conversion en divorce, quel que soit le temps écoulé depuis le jugement.

Enfin, même en dehors d'une instance en divorce ou en séparation, chaque époux peut obtenir d'une juridiction sommaire, lorsque son conjoint s'est rendu coupable envers lui de certains faits graves (2), un « separation order », l'autorisant à vivre à part et lui allouant, s'il s'agit de la femme, une pension payable par semaine (3). Ou bien encore, l'épouse abandonnée peut demander un « protection order » lui permettant de disposer de ses revenus comme si elle n'était pas mariée, et de garder ses gains (4). Mais cette dernière mesure n'a plus guère d'intérêt aujourd'hui, la femme conservant tout pouvoir sur ses biens ; aussi a-t-elle été pratiquement remplacée, depuis la loi de 1886, par un « maintenance order », plus efficace en ce qu'il lui attribue une pension hebdomadaire proportionnée à ses besoins.

(1) *St.* 23 & 24 *Vict. c.* 144, *s.* 7 ; *Judicature Act.* 1925 *s.* 183, 1, qui autorise toutefois le juge à abréger le délai.

(2) Les griefs admis contre le mari sont l'inexécution du devoir d'entretien, les sévices, l'ivrognerie ou l'habitude des stupéfiants, la volonté de prostituer sa femme, ou l'exigence de relations intimes lorsqu'il est atteint d'une maladie vénérienne. Les griefs admis contre la femme sont : l'ivrognerie ou l'habitude des stupéfiants, ou l'habitude de brutaliser ses enfants.

(3) *St.* 41 & 42 *Vict. c.* 19, § 4, *Matrimonial Causes, Act* 1878 ; *St.* 58 & 59 *Vict. c.* 39. *Summary Jurisdiction Married Women Act.* 1895 *ss.* 4, 5 ; *Licensing Act.* 1902, *s.* 5.

(4) *Matrimonial Causes Act*, 1857, *s.* 21 : « Si cet ordre de protection est rendu, la femme sera censée... avoir été pendant l'abandon, pour les biens, contrats, et actions à intenter ou à soutenir, dans une position identique à tous égards à celle qu'elle aurait obtenue par la séparation de corps. »

Avant d'envisager désormais d'une manière détaillée la séparation par contrat, qui coexiste en droit anglais avec la séparation judiciaire, et qui constitue l'objet propre de ce chapitre, il est indispensable que nous donnions encore un aperçu sur le mariage considéré du point de vue pécuniaire.

De même qu'on distinguait à Rome dans le droit postérieur à la loi Aebutia deux systèmes juridiques concurrents : le droit civil et le droit prétorien, dont les solutions divergeaient sur beaucoup de points ; de même en Grande-Bretagne, sans d'ailleurs qu'il convienne d'assimiler les deux situations, doit-on, lorsqu'on étudie une institution, considérer successivement les solutions données en « Common law » et celles données en « Equity ». L'opposition ne présente plus guère de nos jours qu'un intérêt historique, l'unité de juridiction ayant été enfin reconstituée (1). Mais son importance a été telle jusqu'à une époque récente, en particulier en matière de régime matrimonial (2), qu'il est indispensable de la rappeler. Au cours du XIV^e^ siècle les tribunaux de droit commun applicaient des règles si rigides et si formalistes, que les plaideurs étaient obligés souvent, pour obtenir justice, de recourir directement au Roi. Celui-ci chargea le Chancelier, personnage ecclésiastique, de le suppléer dans cette tâche, et créa la Cour de Chancellerie (3). Ainsi se trouva réalisée une dualité de juridiction (4), qui devait fatalement amener un dédoublement du droit. Le Chancelier, en effet, n'étant pas lié par la Coutume, ni par la procédure suivie dans les autres prétoires, rendit ses décisions en s'inspirant uniquement de sa conscience, et la jurisprudence qui se constitua peu-

(1) *St.* 36 & 37, *Vict. c.* 66, *Judicature Act* 1873, qui a opéré la fusion des différentes Cours de justice et décidé, touchant le droit lui-même : « En cas de conflit, les règles de l'Equity doivent prévaloir (*s.* 25, 11) ». Disposition reproduite dans le *Supreme Court of judicature (consolidation) Act* 1925, *s.* 44.

(2) Nous employons cette expression par commodité de langage, bien qu'elle ne corresponde pas à une notion juridique anglaise. De même nous emploierons le mot jurisprudence avec son acception française, le mot anglais *jurisprudence* ayant un sens fort différent.

(3) LÉVY-ULLMANN, *op. cit.*, p. 464 et s.

(5) Avant 1873, les trois Cours supérieurs de Common Law siégeant à Westminster étaient la Cour du Banc du Roi (ou de la Reine) : *King's* ou *Queen's Bench*, la Cour des Plaids communs : *Commun Pleas*, et la Cour de l'Echiquier : *Exchequer*.

à-peu de la sorte prit le nom d' « Equity », par opposition à la « Common law » (1). Nombreuses sont les dispositions aujourd'hui en vigueur, qui ont leur origine dans l'intervention de ce magistrat ecclésiastique ; et par là s'explique que le Droit Canon ait exercé en Angleterre une action si considérable, même après la Réforme protestante qui ne le répudia qu'en partie.

Si le statut patrimonial des époux est aujourd'hui fort simple, il n'en est ainsi que depuis la transformation législative accomplie en 1882. De nos jours, au point de vue des biens, les gens mariés sont en principe comme s'ils ne l'étaient pas ; chacun conserve l'administration et la jouissance de ses apports et de ses gains (2). La femme jouit en outre d'une pleine capacité (3).

L'épouse est admise, par ailleurs, à contracter avec son conjoint exactement comme avec un tiers ; même s'agissant de transfert de propriété ou de droit réel. Chacun d'eux peut poursuivre l'autre en exécution d'une convention passée durant le mariage, de la même manière, et avec les mêmes effets, que s'il s'agissait d'une autre personne, sous réserve de l'application des règles ordinaires protégeant les créanciers contre la fraude de leur débiteur (4).

C'est là un régime de séparation de biens absolu, et l'on conçoit que, lorsqu'intervient entre les conjoints un pacte de rupture amiable, la liquidation pécuniaire ne les retarde pas beaucoup. Mais, en réalité, ce serait une erreur de penser que la reconnaissance de la séparation personnelle par contrat soit

(1) V. sur cette histoire dont plusieurs points sont controversés, outre l'ouvrage cité de M. Lévy-Ullmann, M. Ancel, *la Common Law d'Angleterre* (Thèse, Paris 1927).

(2) L'attribution en propre à la femme mariée des gains provenant de sa profession séparée a été réalisée par une première réforme partielle, en 1870.

(3) La loi du 10 août 1882 *(Married Women's Property Act)* dispose, art. 1er: « La femme mariée sera capable d'acquérir,de détenir et de disposer, par testament ou autrement, de tous biens, meubles et immeubles, comme propriété séparée, de la même manière que si elle n'était pas mariée et sans l'intervention d'aucun trustee ».

cf. E. Jenks, W. Geldart, W. Holdsworth, R. Lee et J. Miles, *Digeste de droit civil anglais* (2e éd., trad. par Baumann et Goulé, 2 vol., 1923), art. 71.

(4) Earl of Halsbury, *The Laws of England*, vo *Husband and Wife* (vol. 16, Londres, 1911), nos 788, 790, 883.

due à l'existence de ce régime, car elle remonte en fait à une date de beaucoup antérieure à l'Act de 1882 Circonstance qui nous oblige à exposer très brièvement les grandes lignes du système précédent (1).

D'après la Common law, qui appliquait ici à la lettre les mots de la Genèse : « Erunt duo in carne una », le couple conjugal ne constituait en droit qu'une seule personne, dont la volonté s'exprimait par la bouche du mari (2). De cette conception résultaient des conséquences très importantes. La femme, appelée « feme covert » (femina viro cooperta) perdant en fait sa personnalité, ne pouvait plus pendant la durée de son union posséder en propre aucun bien. Le mariage avait donc pour effet de la dépouiller de tout son patrimoine, dont l'époux disposait dans certaines limites (3) ; et de même les ressources qu'elle pouvait ensuite se procurer subissaient un sort identique. Comme compensation, il est vrai, elle échappait absolument à toute responsabilité ; il lui était impossible de s'obliger soit par contrat, soit même par ses délits, tant que son mari était en vie. Un autre résultat de cette absorption complète de son individualité, consistait dans l'impossibilité radicale de conclure avec son conjoint une convention quelconque. Par suite, sous ce régime, la notion elle-même de séparation consensuelle était inconcevable.

L'Equity devait apporter à cette organisation vraiment rudimentaire des modifications profondes, mais indirectes Faisant application en faveur des femmes d'un procédé imaginé pour permettre au clergé de posséder des immeubles, malgré les interdictions légales, elle leur reconnut « la faculté d'avoir la jouissance du domaine utile (*use*) de certains biens, qu'un tiers appelé *trustee* ou fidei commissaire, recevait et devait ensuite

(1) Pour les détails de l'évolution historique sur lesquels nous ne pouvons nous attarder, v. J. Bertheau, *De la capacité de la femme mariée anglaise* (Thèse Paris, 1902) et A. Chéron, *La femme mariée anglaise* (Thèse Paris, 1906).

(2) Bracton († 1268), *De legibus de consuetudinibus Angliae libri quinque*. lib. 5, f° 416. « Vir et uxor sunt quasi unita persona, quia caro una et sanguis unus ».

(3) Sur certaines restrictions relatives aux immeubles de la femme, cf. Lehr et Dumas, *op. cit.*, t. I, n^os^ 130 s. Cf. aussi le *St.* 3 & 4 *Guill.* IV, *c.* 74, *s* 79 et le *St.* 19 & 20 *Vict. c.* 108, *s.* 73, qui exprimaient l'état du droit antérieur à la réforme de 1882.

leur remettre ». Parfois le mari lui-même était choisi comme trustee pour le compte de son épouse.

L'opération était réalisée au moyen d'une aliénation fictive à ce dernier, et par là s'opérait un dédoublement de la propriété en un « legal estate » et un « equitable estate » (1). Le trustee, suivant la volonté des parties, et l'interprétation des Cours de Chancellerie, n'était qu'un propriétaire apparent ; il remplissait le rôle d'un administrateur ou d'un dépositaire, au profit du véritable titulaire incapable ou « cestuy que trust » (2). La convention pouvait avoir lieu avant le mariage, relativement au patrimoine apporté par la femme, ou bien au cours de sa durée, lorsqu'un parent ou tiers désirait lui faire une donation personnelle. La faculté était même admise pour les époux de s'entendre directement entre eux à ce sujet, car le droit anglais, il n'est pas sans intérêt d'en faire ici la remarque, ignore l'immutabilité des conventions matrimoniales (3), et se borne à protéger les tiers contre les collusions frauduleuses des époux à leur préjudice (4).

Par cet expédient l'épouse conservait la jouissance séparée des biens constitués en trust ; son mari ou les créanciers de celui-ci n'avaient plus sur eux aucun droit.

Dans ces conditions devenait pratiquement réalisable la séparation consensuelle ; en effet, s'agissant de meubles, l'épouse avait capacité pour en disposer librement, et, s'agissant d'immeubles, pour en toucher les revenus, ou même en aliéner l'« equitable estate ».

Le Droit Anglais n'arrêta pas là ses innovations. Il élabora

(1) Pratiquement, l'Equity étant par nature libérale, l'opération pouvait être réalisée sans formalité spéciale, au moyen d'une stipulation insérée dans un testament, une donation, un contrat de mariage, etc...

(2) JENKS, *Digest*, art. 1765 : « Un trust est l'obligation de détenir et d'administrer consciencieusement un bien pour le compte d'une personne, ou de personnes autres que celle qui est soumise à l'obligation. »

Quelques auteurs se sont livrés à de subtiles discussions sur la nature des droits du « trustee » et du « cestuy » ; voir quelques citations intéressantes dans 41, L. Q. R. (1925), 87. Pour l'un d'eux Mr. WHITLOCK, le droit du cestuy est plus qu'un droit in personam, c'est plutôt un droit in personam ad rem ou encore in rem per personam. *Classification of the Law of Trusts* ; *I. California Law Review* (1913) 215.

(3) Voir les ouvrages de droit anglais au titre « *Post-nuptial Settlement* », par exemple EVERSLEY, *op. cit.*, p. 96 et s.

(4) *Bankruptcy Act.* 1914, *s.* 42 ; *Law of Property Act* 1925, *s.* 172.

encore d'autres moyens destinés à corriger les défauts de la Common Law, tels « l'equity to a settlement », le « pin money », et les « paraphernaux », ou même à prévenir les abus possibles par la femme de son « separate use », comme la clause de « restraint upon anticipation » (1). Néanmoins nous n'insisterons pas sur ces divers moyens, leur connaissance n'étant pas indispensable à l'intelligence des pages qui vont suivre.

En somme l'Equity aboutissait à créer un régime de séparation de biens incomplet, limité dans son champ d'application à la partie du patrimoine de la femme qui avait fait l'objet de stipulations en ce sens ; et par ailleurs elle lui reconnaissait une capacité restreinte de contracter des engagements (2). La cause qui provoqua la réforme de 1882, sollicitée du Parlement dès 1856, fut du même ordre que celle qui fit promulguer la loi de 1857 précitée. Le bénéfice du « separate estate » exigeait pour être obtenu la rédaction d'actes, et ne profitait en réalité qu'aux femmes des classes riches. Pour la petite bourgeoisie au contraire, et les classes ouvrières, l'ancien état de choses était resté sensiblement le même ; n'ayant été amélioré que dans une mesure très insuffisante par des lois de 1857, 1858 et 1870.

(1) v. Lehr, *Eléments de droit civil anglais* (2e éd., par J. Dumas, Paris, 1906).

L'*Equity to a settlement* consistait dans l'obligation queles Cours de Chancellerie imposaient au mari qui faisait valoir en justice une action appartenant à sa femme, de s'engager à en affecter le produit en tout ou en partie au bénéfice de celle-ci, ou des enfants nés du mariage ; au lieu de se l'attribuer en propre suivant le principe de la Common Law. A défaut de ce settlement, elles regardaient sa demande comme irrecevable en vertu du principe « *He who seeks equity must do with equity* » (celui qui se réclame de l'équité doit agir lui-même avec équité). Par ce moyen se trouvaient sauvegardées les actions personnelles de la femme. Par la suite, il lui fut reconnu le droit d'agir elle-même à l'avance, pour éviter que son mari n'arrivât afin d'éluder cette mesure à obtenir paiement sans intervention judiciaire.

Le *Pin Money* est une pension annuelle constituée à la femme pour ses dépenses courantes et personnelles, par exemple de toilette. On appelle *paraphernaux* les objets réservés à l'usage personnel de l'épouse pendant le mariage.

Le *Restraint upon anticipation*, c'est une limitation imposée à la femme dans la jouissance de ses biens séparés, qui a pour effet de lui interdire de disposer à l'avance de leurs revenus, lui laissant seulement le droit de les utiliser à mesure de leur échéance.

(2) v. sur la mesure dans laquelle la femme engageait ses biens séparés par ses contrats, la déclaration de principe de Lord Turner, dans *Johnson v. Gallaher* (1861) 3 de G. F. & J. 494 ; 30 L. J. Ch. 298 ; 9, W. R. 506.

C'est dans ce milieu juridique, favorable par certains côtés, défavorable par d'autres, différent certes du milieu français au point de vue patrimonial, mais presque identique au point de vue moral, qu'est née la coutume regardant comme valable les « Separation deeds », ou pactes de séparation personnelle entre époux.

§ 2. — La séparation par contrat : origine, formation et conditions de validité.

Il convient tout d'abord, comme nous avons fait pour la « separazione consensuale », de retracer brièvement l'histoire du « separation deed ». Nous ne nous dissimulons pas toutefois combien cette entreprise est périlleuse en l'absence d'une monographie anglaise sur la question, à raison de l'extrême complexité de la formation du droit en cette matière, due à l'action concurrente, et le plus souvent divergente, des juridictions d'Eglise, de Common Law et d'Equity.

Un premier point est certain : cette institution n'est pas due à une initiative législative, car même la grande loi de 1857 n'a pas jugé utile d'en proclamer la validité ; elle est née d'une pratique sanctionnée après coup par les tribunaux.

Une règle d'origine judiciaire n'est regardée en Angleterre comme définitivement établie, que lorsque la Cour suprême, c'est-à-dire la « House of Lords », a été appelée à la consacrer. En dépit du nom qui sert encore à la désigner, cette Cour n'est plus de nos jours constituée par la Chambre Haute du Parlement,siégeant dans sa composition politique ; elle est formée par un petit nombre de magistrats professionnels Lords, ou élevés à la Pairie comme couronnement de carrière. Or il n'apparaît pas que cette Chambre ait été réellement saisie de la question des « separation deeds » avant 1848, à propos du cas *Wilson v. Wilson*, date à laquelle elle en a admis la licéité (1). — Est-ce à dire qu'il faille reculer jusque-là la naissance de la séparation consensuelle, en tant que formant une institution régulière ? Ce

(1) v. *Lambert v. Lambert* (1767) 2 Bro. Parl. Cas. 18. *Wilson v. Wilson* dans White et Tudor, *A Selection of Leading cases in Equity* (8e éd., 2 vol., Londres, 1910), t. I, p. 604 s.

serait à la vérité une erreur, car depuis longtemps les juges lui faisaient produire des effets. Reste à déterminer l'origine de cette jurisprudence.

Mais avant que les tribunaux n'aient été saisis des contestations au sujet de ces pactes, il est évident que l'usage s'était développé d'y recourir, pour mettre fin à la cohabitation conjugale. Car forcément la pratique est antérieure à son appréciation au prétoire. Quand s'est-elle développée ? Il nous est impossible de le dire, ne connaissant pas d'actes concrets analogues à ceux que nous avons cités dans l'étude de l'ancien droit français. Il est également sûr que les juges commencèrent par regarder ces sortes de contrat entre conjoints comme illicites. C'est ce qu'affirme notamment Lord Lindley dans *Mac Gregor v. Mac Gregor*, reproduisant l'opinion communément reçue : « Il fut un temps où un accord de séparation entre mari et femme était considéré comme contraire à l'ordre public » (1). Comment s'est effectué le passage de la nullité à la validité ? C'est là en somme l'histoire qu'il serait intéressant d'écrire d'une manière précise, si nous en avions les moyens. Efforçons nous du moins d'en éclairer quelques points.

Jusqu'en 1857, la connaissance des causes de séparation appartint exclusivement aux Cours ecclésiastiques, ainsi que celle des actions en restitution de droits conjugaux, sanctionnant l'obligation de vie commune entre époux. C'est donc normalement cette juridiction seule qui aurait dû pouvoir retenir les procès touchant les accords de rupture amiable, et dire le droit en la matière. Effectivement elle eut à élaborer un principe d'interprétation sur ce point ; mais il fut négatif, la séparation suivant elle ne devant avoir lieu que par l'office du juge, et pour certains motifs déterminés. En conséquence, elle décida que l'existence d'un deed ne constituait pas une exception opposable à une demande en restitution (2). Si le partage des compétences était demeuré respecté, les choses en seraient restées là, du moins jusqu'à un revirement de cette jurisprudence.

(1) (1888) 21 Q. B. D. 430.

(2) *Mortimer v. Mortimer*, 2 Hag. Con. R. 318 ; *Westmeath v. Westmeath*, 2 Hag. Ec. App. 115 ; *King v. Samson*, 3. Add. 277 ; *Sullivan v. Sullivan* (1824), 2 Add. 299.

Or ce revirement ne s'est jamais produit, et néanmoins la règle contraire finit par triompher. Ce fut donc l'œuvre des Cours laïques.

Ici nous devons distinguer entre l'action de la Common Law et celle de l'Equity.

Quelque étonnant que cela puisse paraître, étant donné « at law » l'absence de personnalité chez la femme mariée, et par suite l'incapacité la frappant de contracter avec son conjoint, une valeur juridique fut reconnue, à certains égards, au pacte par les juges de Common Law (1). Ils décidèrent, en effet, de bonne heure que l'épouse trouvait dans un acte de cette nature une réponse efficace contre un mari, oublieux de sa parole, agissant par « habeas corpus » pour obtenir livraison de sa personne. On peut citer en ce sens un arrêt de 1758 (2). Plus tard ils élargirent cette première conséquence. Ainsi en 1802 la Cour du Banc du Roi admit que l'engagement pris par le mari, envers le trustee de sa femme, de remettre à celle-ci une somme d'argent en cas de séparation, était suceptible d'exécution forcée, étant pour lui obligatoire (3). Mais longtemps ils se bornèrent à n'accorder que des résultats accessoires, évitant de prendre franchement parti sur le fond, par souci de ne pas violer trop ouvertement la compétence des tribunaux d'Eglise. Lord Rosslyn affirmera par exemple dans *Legard v. Johnson* : « La Common Law ne retiendra pas la connaissance d'un procès sur une convention entre mari et femme, la juridiction ecclésiastique ayant la compétence exclusive des droits et devoirs nés de l'état de mariage (4) ». Aussi malgré l'intérêt de ces tentatives, et bien que de nos jours la pleine validité des separation deeds soit consacrée par elle, n'est-il pas possible d'attribuer à la Common Law un rôle capital dans la création du droit nouveau.

(1) Tout d'abord la Cour du Banc du Roi les avait déclarés illicites, *R. v. Lister* (1721) 1 Stra. 478 ; Cf. *Vane's (Lord) case* (1744) 13, East. 171.

(2) *Rex v. Mead* (1758) 1. Burr. 542, cf. *Rex v. Winton* (1792) 5. T. R. 91.

(3) *Lord Rodney v. Chambers* (1802) 2 East. 283 ; v. aussi *Howell v. Hanforth* (1775) 2 W. Bl. 1016.

En *Common Law* la femme était absolument incapable d'ester en justice, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, par suite de l'absorption de sa personnalité par celle de son mari.

(4) 3 V. 359.

L'action décisive dans cette évolution, c'est aux Chanceliers qu'il faut en reconnaître le mérite. Il est vrai qu'ils jouissaient de pouvoirs exceptionnellement efficaces pour imposer leur manière de voir, même indirectement, aux juges des autres Cours. Mais longtemps, eux aussi, ils demeurèrent hostiles à sanctionner judiciairement ces sortes d'arrangement, de quelque manière que ce fut. Ils étaient en effet naturellement enclins, suivant eux-mêmes une tradition due à des gens d'Eglise (1), à ne pas contredire la jurisprudence officielle de celle-ci, et aussi à ne pas empiéter sur les prérogatives de ses tribunaux. Bien après l'achèvement de la réforme, on rencontre encore des témoignages de cet état d'esprit, par exemple chez Lord Eldon, qui, dans *Lord St-John v. Lady St-John* ne cachait pas ses regrets d'être lié par des précédents selon lui critiquables, ni ses vœux de voir la Chambre des Lords fixer le droit en sens contraire (2).

Néanmoins le point de départ du mouvement favorable aux « separation deeds » remonte à une date déjà lointaine, puisque c'est en 1700 que l'on trouve, semble-t-il, l'une des premières décisions ayant ouvert la voie à la règle moderne (3). Mais ce n'est pas par un arrêt de principe, en une seule fois, qu'elle se trouva proclamée, car les magistrats d'Equity procédèrent, ainsi que leurs collègues de Common Law, par jugements d'espèces, ne consacrant chacun qu'une conséquence particulière, et se gardant de contredire ouvertement le principe officiellement en vigueur. Donc en l'année 1700, dans *Seeling v. Crawley*, la Cour de Chancellerie admit qu'un époux était recevable à invoquer devant elle un pacte, pour obtenir contre son conjoint refusant d'en respecter les clauses, un décret de « specific performance »,

(1) Jusqu'au XVI^e^ siècle les Chanceliers ont été choisis parmi les gens d'Eglise.

(2) 11 V. 529.

(3) Chéron (*op. cit.*, p. 113) écrit même, mais sans donner de référence : « En 1581, un jugement de la cour d'Equity décida que quand un mari et une femme auraient convenu de se séparer et qu'en conséquence une certaine somme d'argent aurait été transférée à un trustee pour l'entretien de la femme, celle-ci, bien que le lien conjugal exista toujours, pourrait exiger, même par la voie judiciaire, l'exécution du trust sans l'intervention de son mari. »

Il parle aussi plus loin d'un autre jugement important de 1639, et conclut que la séparation amiable a été la cause, ou du moins le point de départ de la création des biens réservés de la femme mariée (p. 135).

c'est-à-dire un ordre lui enjoignant de l'observer ; et elle n'accueillit pas comme moyen de défense l'offre de ce dernier de reprendre la vie commune (1). Puis, une à une, d'autres solutions suivirent dans le même sens, impliquant la force exécutoire de l'accord « inter partes » (2) ; mais à la condition, jusqu'à une date assez récente, qu'il eût été rédigé en forme solennelle (3), et en outre qu'il eût été passé entre le mari, d'une part, et un trustee représentant sa femme, d'autre part, car celle-ci était absolument incapable de contracter. Ainsi la séparation consensuelle apparaît encore davantage l'œuvre propre de l'Equity, puisqu'à son origine, elle n'a pu renverser l'obstacle capital qui lui barrait la route, que grâce à l'institution purement « équitable » des Trusts. A l'égard des tiers, l'opposabilité du deed ne fut reconnue que postérieurement, peut-être seulement en 1786 dans *Stephens v. Olive* (4).

Mais, si la pleine validité des pactes se trouvait de la sorte établie devant cette juridiction, le principe élaboré par elle ne liait pas les autres juges, et spécialement les magistrats ecclésiastiques, car le Chancelier n'avait pas qualité pour les censurer. Il existait donc en fait deux systèmes juridiques contradictoires, dont la contrariété était directement irréductible. A s'en tenir aux données précédentes, la réforme était bien imparfaite puisqu'il suffisait, semble-t-il, à la partie désireuse de rompre la séparation malgré son engagement, de saisir la Cour d'Eglise d'une demande en restitution de droits conjugaux, contraignant ainsi l'autre partie à reprendre la vie commune, et rendant illusoires les effets accessoires du deed ordonnés par le tribunal d'Equity. — En conséquence, si les choses en étaient restées là, on peut dire que l'évolution du droit n'eût été vraiment qu'apparente.

Le moyen qui permit de la rendre définitive, c'est-à-dire pratiquement d'annihiler la jurisprudence qui lui faisait échec, ce fut l' « injunction ». Depuis longtemps les Chanceliers s'étaient attribués le pouvoir de donner aux plaideurs des ordres, dont

(1) 2 Vern. 386.
(2) *Fitzer v. Fitzer* (1743), 2 Atk. 511.
(3) *Worrall v. Jacob* (1817), 3 Mer. 256.
(4) 2 Bro. Ch. 90.

ils réprimaient pénalement la désobéissance. Par cette voie, sans soulever de conflit de juridiction (1), ils pouvaient empêcher l'application d'une règle qui leur semblait injuste, en interdisant simplement aux plaideurs de s'adresser aux juges disposés à la sanctionner. Dès lors il suffit à l'époux, menacé d'une poursuite contraire à la convention, d'obtenir contre son conjoint une « injunction » le sommant de suspendre la procédure, pour jouir désormais d'une situation stable. C'est à ce second procédé, lui aussi propre à l'Equity, que les « separation deeds » durent donc de devenir pleinement valables, et de lier absolument leurs signataires. Comme exemple ancien de ce processus quelque peu singulier, on peut citer le cas *Hill v. Turner* (2).

Depuis le « Judicature Act » de 1873 (3), qui a opéré la fusion des diverses juridictions antérieurement distinctes, et par là unifié le droit, l' « injunction » a perdu sa raison d'être dans ce cas ; une exception tirée de l'existence du pacte suffisant à paralyser toute demande en restitution.

Enfin, s'il est vrai qu'aucune loi n'a jamais été promulguée pour réglementer ce mode de séparation, à l'exception du texte bien tardif de 1873 (4), qui a modifié la jurisprudence relative au droit des parents de régler le sort de leurs enfants, il apparaît certain que le législateur l'a implicitement confirmé dès 1833. Nous voulons parler du « Fine and Recoveries Act », dont l'article 91, à propos d'un procédé d'aliénation, prévoyait la dispense de l'autorisation maritale au profit de la femme séparée par consentement mutuel (5).

A elle seule cette brève introduction historique autorise déjà

(1) L'Injunction affecte en effet les parties et non pas les juges. V. Lord Cottenham dans *Wilson v. Wilson* (1848) 1. H. L. Cas. 538.

(2) 1 Atk. 515 ; cf. *Wilson v. Wilson* précité, *Hunt v. Hunt* 4 de G. F. & J. 221, réformant la décision du Maître des Rôles Romilly 31 B. 89.

(3) *St.* 36 & 37 *Vict. c.* 66, *s.* 24, *subs.* 5.

(4) *St.* 36 & 37 *Vict. c.* 12 *s.* 2.

(5) *St.* 3 & 4, *Guill. IV c.* 27 (1833), *s.* 91 : « ... si le mari est aliéné, idiot ou faible d'esprit, qu'il ait été ou non déclaré tel par voie d'enquête, si à raison d'un autre motif quelconque il est incapble d'exécuter un acte solennel, ou de faire au seigneur une rétrocession de copyholds, si sa résidence est inconnue, s'il est en prison ou ne vit pas avec sa femme, soit par suite de *consentement mutuel* ou de divorce..., la Cour des Plaids Communs à Westminster pourra... dispenser du concours du mari..., et tous les actes,... que la femme fera ou exécutera ensuite de cette décision, seront faits ou exécutés comme si elle n'était pas mariée... »

certaines conclusions pleines d'intérêts pour nous. L'institution étudiée est ancienne, et elle n'a triomphé de la réprobation *a priori* qui l'avait tout d'abord accueillie, qu'après une longue lutte pour la vie, fragment par fragment peut-on dire. C'est donc, en premier lieu, qu'elle répond à un véritable besoin, à une nécessité, sans quoi elle n'eût pas surmonté les obstacles qui s'opposaient à son admission. C'est, en second lieu, qu'elle est socialement bonne, sans quoi elle n'eût pas résisté à une aussi longue expérience, et le législateur, sinon le juge, l'aurait bannie du Droit. Nécessaire et bonne, pourquoi ne le serait-elle pas également chez nous ?

Pénétrons maintenant le détail de son fonctionnement.

* * *

Comment doivent procéder les époux qui désirent suspendre amiablement la vie commune ? Ont-ils quelque autorisation à obtenir de la puissance publique, ou quelque justification à fournir ? — La Loi anglaise ne renferme aucune règle analogue à celle de l'article 158 du Code civil Italien. Elle n'organise aucune procédure d'homologation destinée à permettre un contrôle judiciaire du pacte des conjoints. La séparation consensuelle se réalise donc par un acte purement privé : c'est essentiellement un contrat.

L'expression qui sert couramment à la désigner est celle de « separation deed », c'est-à-dire de séparation par acte scellé (1). Le droit connait des conventions dont la formation n'est soumise à aucune prescription spéciale, qui peuvent même être purement verbales ; par contre, il exige pour certaines autres l'observation de conditions particulières, qui les font qualifier de contrats solennels. Or le deed joue précisément Outre-Manche le rôle que joue en France l'acte notarié, il a une valeur authentique. On serait donc tenté de conclure, sur la foi de cette seule expression, que le pacte de séparation amiable n'est possible que par un acte solennel. A la vérité, cette affirmation serait en un sens

(1) *Carta Sigillata* dans Glanville (fin du XII[e]) *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae.*

inexacte, car s'il est vrai que l'usage demande en ce cas la confection d'un « deed », il n'y a là cependant aucune obligation (1), ni par suite aucune sanction par voie de nullité. Il est même admis par la jurisprudence que la simple convention orale entre le mari et la femme, dans l'hypothèse envisagée, est créatrice d'obligations (2). Un « deed » n'est exigé par la loi que dans un seul cas : lorsque la séparation donne lieu à une constitution de propriété en « trust » (3).

En rappelant les règles qui président à la rédaction d'un acte scellé (4), nous exposerons donc, sinon le mode nécessaire, du moins le procédé le plus habituel, suivi par les conjoints désireux de se séparer sans jugement.

D'ordinaire la confection d'un « deed » n'est opérée qu'après que les parties se sont mises complètement et définitivement d'accord, et ont attesté leur entente dans un « executory contract ». Cet avant-contrat (pactum de contrahendo), encore appelé « separation articles », a pour effet de les garantir contre tout changement d'intention de l'un d'eux, pendant le délai de rédaction du deed. Il autorise, en effet, une demande en justice pour obtenir l' « exécution », c'est-à-dire la passation de l'acte scellé. De plus, il peut simplement consister dans les lettres échangées entre elles, sans qu'il soit besoin que leur teneur ait été réunie en un seul document.

Les formalités de cette « exécution » sont aujourd'hui relativement simples. En premier lieu le deed, c'est essentiellement un écrit, et par là, il s'oppose théoriquement aux autres conventions, parfois appelées « by parol ». Néanmoins ni les mentions de lieu et de date, ni la signature des parties, ne sont indispensables à sa validité en Common Law. En second lieu cet écrit doit être scellé ; mais un simple pain à cacheter, ou un sceau de papier, collé avec la volonté qu'il équivaille un véritable sceau, peut suffire. Enfin, en troisième lieu, pour que l'obligation constatée par le deed acquière une valeur juridique, le titre

(1) *Aldridge v. Aldridge* (1888), 13 P. D. 210.
(2) Halsbury, *op. et loc. cit.*, n° 903.
(3) *Settled Land Act* 1925.
(4) Addison, *Treatise on the Law of Contracts* (10e éd. par Perceval Keep et Gordon, Londres, 1903), p. 17 et s.

doit être « delivered », c'est-à-dire remis à la personne au profit de laquelle il engendre des droits. Cette délivrance, qui résulte le plus souvent d'une formule comme celle-ci : « I deliver his as my act and deed », peut aussi s'induire des circonstances. L'acte ne peut plus alors subir de modification ; toutes additions devant être scellées et délivrées. — La pratique veut également, mais cela reste facultatif, que l'acte soit signé de témoins, attestant que les conditions précédentes ont été régulièrement remplies. On peut donc définir le « deed » un acte écrit, scellé et délivré.

Pour ce qui est de la rédaction du texte lui-même, il n'existe pas de norme sacramentelle. Quelque vagues et brèves que puissent être ses clauses, les juges s'efforceront de les faire observer, pourvu que l'accord apparaisse complet (1). D'ordinaire il débute par la mention des noms, qualités et professions des parties, que suit l'exposé des faits jugés utiles à rappeler. Parfois les motifs de la désunion sont transcrits, mais comme il n'y a là aucune obligation (2), on rencontre souvent la simple affirmation que les conjoints, à la suite de dissentiments malheureux, ont dû se décider à vivre séparés. Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait eu adultère ou sévices, et dans de nombreux cas on sait que de tels motifs n'ont pas existé (3). Ensuite est parfois énoncée, avec l'obligation, la « consideration », c'est-à-dire le pourquoi de l'engagement ; nous dirions en français la « cause », bien que les deux notions ne soient pas synonymes. Mais cette

(1) Un compromis ainsi libellé : « Action et défense retirées ; deed de séparation avec les clauses habituelles ; coût de préparation du deed mis à la charge de Mr. Hart ; pension annuelle de 150 £ payable par trimestre par ledit Hart à son épouse, pour son entretien et celui de ses enfants ; frais de justice de ladite femme pris à sa charge par le sieur Hart ; en cas de contestation dans la rédaction dudit pacte, le différend devra être soumis à Mr. W. et au Dr. D. (les deux avocats des parties) » fut jugé parfaitement valable et obligatoire suivant l'avis du Juge Kay, et un décret de specific performance fut rendu pour contraindre la partie récalcitrante à la confection du deed. *Hart v. Hart*, 18 C. D. 670.

(2) *Waite v. Waite*, 5 Bing. N. C. 341.

(3) *Sanky v. Golding*, Carey 124 (discorde) ; *Seeling v. Crawley* précité (querelle) ; *Head v. Head*, 3 Atk. 547 (infirmité de la femme) ; *Fletcher v. Fletcher*, 2 Cox. 99 (prodigalité de la femme) ; *Guth. v. Guth*, 3 Bro. Ch. 614 (pas de cause mentionnée) ; *Stephens v. Olive*, 2 Bro. Ch. 90 (dº) ; *Compton v. Collinson*, 2 Bro. Ch. 377 (dº) ; *Jee v. Thurlow*, 2 B. & C. 547 (dº) ; *Fitzer v. Fitzer*, précit. (dº) ; *Cook v. Wiggins*, 10 V. 191 (dº) ; *Frampton v. Frampton*, 4 B. 287 (dº).

énonciation n'est pas obligatoire. On peut même dire qu'elle n'est pas conforme à la nature du « deed », qui est essentiellement un acte abstrait, destiné à faire preuve contre le débiteur dès lors qu'il est régulier en la forme. Il importe donc peu pour sa validité que le lien, dont il démontre l'existence, ait été établi sans cause ou sur une fausse cause, le créancier en vertu d'un tel acte est, en règle générale, à l'abri de toute contestation sur ce point.

En somme, le principe relatif à la formation régulière d'un pacte entre les époux désunis, est l'absence de tout formalisme ; un titre écrit n'étant pas même indispensable. Néanmoins l'usage généralement suivi est de consigner les termes de l'accord dans un acte scellé.

* * *

Sans doute, si les juges n'ont pas déclaré illicites les « separation deeds », c'est que ceux-ci ne leur ont pas paru porter atteinte aux principes essentiels du droit matrimonial. Mais en dehors de ce point de vue négatif, n'ont-ils pas formulé leur appréciation sur la valeur de ce mode de rupture ?

Pour sa part la doctrine, peu soucieuse de cet aspect spéculatif des choses, n'envisage pas même la question. Eversley, en particulier, se contente de faire la brève déclaration suivante : « Pour éviter les récriminations et les révélations pénibles, pour ne pas dire scandaleuses, en pleine Cour, et pour pourvoir plus efficacement à leur nouvelle situation, les parties font des arrangements par acte scellé, qu'on appelle « separation deeds » (1).

Par contre, les magistrats se sont élevés parfois jusqu'à ce détachement du cas particulier, pour porter sur l'institution elle-même un jugement. C'est ce que fit par exemple Sir James Hannen dans l'affaire *Marshall v. Marshall* (2), où il affirma qu'il est au plus haut degré désirable, pour le maintien de la paix et de la réputation des familles, que de tels accords soient

(1) Eversley, *op. cit.*, p. 416.
(2) 5 P. D. 23.

encouragés, plutôt que de contraindre les parties à exposer leurs différents conjugaux dans une Cour de justice ». De même le Chancelier Lord Cottenham fit une déclaration analogue dans *Wilson v. Wilson*, se demandant pourquoi une transaction de cette sorte devrait être nulle, alors qu'elle permet d'éviter une publicité scandaleuse (1).

On peut donc dire, bien qu'il y ait eu des voix dissidentes (2), que les conventions étudiées ne sont pas regardées simplement comme des actes équivalents, au point de vue des bonnes mœurs, à une sentence, mais encore qu'elles présentent sur celle-ci, aux yeux des jurisconsultes, un avantage moral certain.

Il convient donc d'envisager quelles conséquences pratiques entraîne cette manière de voir, en ce qui concerne les conditions de validité des pactes.

Le principe d'interprétation qui domine toute cette matière est éminemment favorable à leur validité. C'est là d'ailleurs une attitude absolument générale dans le domaine des conventions (3). Aux termes des arrêts, il existe donc toujours en leur faveur une présomption de légalité, qui ne saurait être écartée

(1) WHITE et TUDOR, *op. cit.*, t. I, v° *Separation deeds*, p. 623.

(2) Lord Eldon par exemple réprouvait les pactes de séparation, déclarant dans *Lord St. John v. Lady St John* (11 V. 529) qu'il les considérait comme contraires à la nature sacrée du contrat de mariage et à l'esprit de la loi, ajoutant que la séparation a mensa et thoro ne devrait être admise que propter sevitiam aut adulterium, et concluait ainsi son dictum : « si la matière était encore res integra et non pas résolue par les précédents, je ne permettrais pas qu'un tel accord serve de base à une action ou à un procès devant cette Cour. Mais les dicta ayant succédé aux dicta, et les sentences aux sentences, jusqu'à faire loi, il ne m'est plus permis, à raison de mon opinion sur ce qu'aurait dû être le jugement initial, de ne pas tenir compte de la règle qui a force de loi sur ce sujet. » Son opinion s'atténua d'ailleurs beaucoup par la suite, notamment dans *Bateman v. The Countess of Ross*, 1 Dow. 235.

V. également Sir William Grant dans *Worrall v. Jacob*, (3 Mer. 268) : « La Cour ne mettra pas à exécution des actes de séparation entre mari et femme. Elle ne reconnaît à ceux-ci aucun pouvoir de modifier les droits et devoirs résultant de leur mariage, ou d'effectuer à leur gré une dissolution partielle de leur union. »

(3) « Vous n'avez pas pour rôle d'étendre arbitrairement ces règles suivant lesquelles tel contrat est nul comme contraire à l'ordre public, parce que s'il y a une chose que, plus que tout autre, l'ordre public exige, c'est que les personnes d'âge compétent et d'esprit sain aient la liberté la plus large de contracter. » Par Jessel, Maître des Rôles, dans *Printing, etc., C° v. Sampson*, 19 Eq. 465.

que par la preuve contraire. Aussi c'est à celui qui prétendrait échapper aux conséquences de leur exécution judiciaire, qu'il incomberait dans tous les cas d'apporter cette démonstration ; l'interprétation dans le sens de la licéité devant prévaloir en cas de doute. (1) En outre, il est admis que la Cour pourrait d'office au cours d'une instance informer sur l'existence d'un tel deed, quand bien même la partie appelée à en bénéficier négligerait de l'invoquer (2). Les tribunaux vont même si loin dans cette voie, qu'ils n'hésitent pas à sanctionner des conventions de cette sorte conclues entre de simples concubins, et à assurer le paiement régulier de la pension fixée (3), même s'il est expressément prévu qu'il cessera en cas de réconciliation (4).

Cela ne veut pas dire que tout acte, quel qu'il soit, et dans n'importe quelle hypothèse qu'il intervienne, doive être licite. Car le libéralisme du Droit Anglais, si favorable soit-il en cette matière à l'autonomie des volontés individuelles, ne va pas néanmoins jusqu'à ignorer systématiquement les circonstances qui entourent la conclusion desdites conventions. S'il est vrai qu'elles ne sont soumises à aucune condition de forme, leur validité dépend cependant sur le fond de la légitimité de leur but. Jusqu'à une époque assez récente, c'est-à-dire tant qu'a persisté la règle de l'incapacité de la femme mariée, la réalisation de la séparation amiable a nécessité l'intervention d'un « trustee » (5). La règle néanmoins, par faveur pour l'institution, n'était pas toujours appliquée avec rigueur, et elle reçut progressivement des atténuations (6). C'est vis-à-vis de ce tiers,

(1) *Studdy v. Studdy* (1858), 1 Sw. & Tr. 321.
(2) *Kennedy v. Kennedy* (1907), P. 49.
(3) *Re Abdy, Rabbeth v. Donaldson* (1895), 1 Ch. 455 C. A.
(4) Ex. p. Naden L. R. 9 Ch. 670.
(5) *Worrall v. Jacob* (1817), 3 Mer. 256.
cf. Lord Westbury dans *Hunt v. Hunt*, 4 de G. F. & J. 221-239, *Walrond v. Walrond* (1858), John. 18.
(6) Certains pactes ont été autrefois sanctionnés, bien que conclus sans trustee. *Angier v. Angier*, Pr. Ch. 497 ; *Clough v. Lambert*, 10 Si. 174 ; *Vansittart v. Vansittart*, 4 Kay & J. 62 ; *Gibbs v. Harding*, L. R. 5 Ch. 338 ; *Bateman v. Ross*, I Dow. 235 ;
Jessel, M. R., soutint et fit admettre dans *Besant v. Wood*, 12 C. D. 622, que, puisque la femme avait capacité pour se désister seule d'un procès en divorce déjà commencé, il n'y avait pas de raison pour l'empêcher de consentir auparavant un compromis.
Lord Lindley dans *Mac Gregor v. Mac Gregor*, 21 Q. B. D. 431 exposa

en quelque sorte gérant d'affaires pour le compte de l'épouse, et qui pouvait être par exemple son père, que s'engageait en fait le mari (1). Celle-ci valablement représentée, ne pouvait plus ensuite, sous prétexte qu'elle n'avait pas elle-même contracté, dénier son consentement ; ni même contester les faits relatés par le deed, s'il avait reçu de sa part un commencement d'exécution (2). Depuis la grande loi de 1882, ce n'est plus là une condition de validité de l'accord (3). Il serait imprudent toutefois d'en déduire que ce procédé n'est plus en vigueur, son usage en effet est loin d'avoir disparu (4). C'est qu'il est difficile de rompre avec une habitude aussi ancienne, même lorsqu'à son origine elle a constitué une gêne, car à la longue elle s'est assouplie et s'est, par certains côtés, montrée avantageuse.

Une autre prescription dont le respect ne constitue plus également une condition de validité, est celle qui interdisait au mari de renoncer à la garde de ses enfants, même pour les confier à leur mère. Depuis 1873, par l'effet du « Custody of Infants Act » (5), cet empêchement a lui aussi disparu, mais pour faire place, comme nous le verrons, à un large pouvoir des juges.

Les exigences du Droit aujourd'hui en vigueur sont des plus simples. Leur justification réside dans cette idée élémentaire, que la séparation ne peut avoir d'autre raison d'être légale qu'une désunion actuelle et sérieuse des époux. Quand cette condition est remplie, et sauf l'existence d'un autre vice, la convention est légitime ; hors de là elle ne saurait être licite.

I. — L'application de ce critère ne conduit pas le juge anglais, lorsqu'une action en nullité est formée contre un pacte, à s'in-

que l'intervention d'un trustee n'était requise que pour la validité de la « consideration » d'indemnisation du mari contre les dettes de sa femme, que, lorsqu'une autre « consideration » licite entre mari et femme, par exemple le désistement d'un procès, lui était substituée, cette intervention n'avait pas de raison d'être.

(1) Lord Cottenham dans *Wilson v. Wilson* (*loc. cit.*, p. 620) : « La convention existe entre le mari, d'une part, et les deux trustees, d'autre part, avec l'approbation et le consentement de la femme. »

(2) *Clark v. Clark*, 10 P. D. 188, 195 ; cf. *Williams v. Bailey*, 2 Eq. 731.

(3) *St.* 45 & 46 *Vict.*, *c.* 75, *s.* 1, *subs.* 2.

(4) L'institution est par ailleurs officiellement maintenue par le *Settled Land Act* 1925 ; *St.* 15 *Geo. V c.* 18 *s.* 9-3°.

(5) *St.* 36 & 37 *Vict.*, *c.* 12, *s.* 2.

former des motifs et griefs qui lui ont donné lieu, pour décréter s'ils sont ou non suffisants. Du moment que les parties ont renoncé à la publicité d'un procès, c'est qu'elles désiraient les tenir secrets, et cette résolution louable doit être respectée. Comment alors concevoir, à défaut de tout contrôle de cette sorte, l'observation du principe indiqué ? La jurisprudence s'en tient ici à une distinction purement objective : sont nuls les contrats qui n'ont pas été immédiatement suivis d'une séparation effective d'habitation, sont valables au contraire les autres. N'est-ce pas, en effet, dans leur résultat que réside la meilleure preuve du caractère sérieux des griefs conjugaux, l'appréciation la moins sujette à arbitraire ? De même, cette simple constatation n'est-elle pas de nature à dépister le plus souvent la fraude ? Par ailleurs ne serait-ce pas encore favoriser, et même en quelque sorte provoquer les ruptures, que de donner effet à des stipulations faites par provision ? (1).

Nombreuses sont les espèces rapportées dans les recueils où cette règle impérative a été proclamée (2). Dès 1819, dans *Durant v. Titley*, il fut décidé que tout accord ou toute disposition prévus pour le cas d'une séparation future étaient nuls et contraires à l'ordre public (3). Par la suite, en 1827, cette nullité fut étendue aux actes dont les clauses visaient apparemment une rupture immédiate, mais qui en fait n'avaient pas eu cette conséquence. Est également nulle, fut-il jugé en 1821, la clause d'un deed, attribuant à la femme une pension, bien qu'elle ait trait à une séparation actuelle, si, par delà une réconciliation ayant fait cesser ses effets, elle prévoit à nouveau son application dans le cas d'une seconde rupture (4). Ne serait pas nulle, par contre, la clause qui stipulerait la persistance des trusts malgré la reprise de la vie commune (5).

(1) C'est là la vraie raison d'être de la règle, suivant Lord Hanworth, le Maître des Rôles actuel de la Cour d'appel : *Hyman v. Hyman* et *Hugues v. Hugues* (1928), The Times 19.6.28 ; (1929) P. 1 ; 98 L. J. P. 1.

(2) Halsbury, *op. et loc. cit.*, nº 900; *Merryweather v. Jones*, 4 G. H. 509 ; *Courtney v. Courtney* (1923), 2. Ir. R. 31.

(3) (1819) 7 Price. 577 Ex. Ch.

(4) *Westmeath (Earl) v. Westmeath (Countess)* (1821), Jac. 126- 140 ; *Byrne v. Carew (Lord)* (1849), 13 I. Eq. B. 1.

(5) *Wilson v. Muschett* (1832), 3 B. & Ad. 743 ; *Webster v. Webster* 1853), 4. de G. M. & G. 437 C. A.

En outre, les arrêts prennent soin de préciser que la séparation qui justifie un contrat entre les époux, et le rend judiciairement valable, est celle-là seule qui s'étend à l'habitation. Celle donc qui laisserait subsister l'unité de domicile, ne serait pas jugée suffisante ; elle rendrait en effet absolument vaines, par la facilité d'une simulation, les déductions des juges relativement à sa nécessité et à l'absence de fraude.

Si les accords conclus entre les conjoints au cours du mariage en prévision d'une désunion future sont nuls, il semble naturel qu'il en aille de même de ceux qui seraient stipulés dans la charte matrimoniale avant sa célébration. C'est ce qui fut jugé en 1844, et à nouveau confirmé en 1917 (1), à propos d'une pension prévue pour la femme dans cette éventualité; un précédent de 1790 était pourtant contraire. Peu importerait dans cette hypothèse que la clause illicite ait eu pour auteur le mari ou un tiers, l'invalidité serait semblable. Ainsi fut-il décidé d'une constitution de trust pour l'usage séparé de l'épouse, qui avait été faite par le père du mari sous cette restriction, que dans le cas où interviendrait une séparation, et pendant sa durée, les revenus en seraient attribués à son fils (2).

Pour bien comprendre la portée de cette jurisprudence, qui apparaît sur ce point rigoureuse, (puisqu'elle frappe non seulement les pactes proprement dits, mais encore les clauses accessoires contenues dans d'autres actes), il est intéressant de comparer la dernière décision citée à celle qui en 1904, a validé au contraire une constitution analogue. Un trust était prévu au bénéfice de la femme, mais seulement pour le temps où elle continuerait à vivre avec son mari ; ce dernier devant recevoir un don en cas de séparation. La nullité fut ici écartée par le motif que la limitation était seulement conditionnelle, et que la donation, d'autre part, n'était pas soumise à une condition illicite (3). On peut encore relever, dans le même ordre d'idées, une décision ancienne qui n'a pas annulé un deed pour une sépa-

(1) *Cocksedge v. Cocksedge* (1844), 14 Sim. 244 ; *Brodie v. Brodie* (1917), P. 271 ; contra *Hoare v. Hoare* (1790), 2 Ridg. Parl. Rep. 268 .
(2) *Cartwright v. Cartwright* (1853), 3 de G. M. & G. 982, C. A.
(3) *Re Hope Johnstone, Hope Johnstone v. Hope Johnstone* (1904), 1 Ch. 470.

ration future, mais dont l'application était subordonnée à la condition que la rupture serait soumise au contrôle de personnes désignées, en l'espèce les trustees, et recevrait leur approbation (1). Mais ces arrêts, semble-t-il, sont restés isolés.

Enfin l'interdiction s'impose encore aux tiers en dehors des contrats de mariage. Ainsi serait considérée comme nulle la libéralité adressée à une femme habitant avec son mari, pour le temps où elle vivrait séparée de lui (2). S'agissant au contraire d'un legs, le terme, ou la condition illicite, serait réputé non écrit, et la libéralité devenue pure et simple produirait immédiatement effet (3).

La règle qui ressort des précédents exemples est donc bien que la séparation par contrat, ou toute stipulation devant avoir effet dans cette hypothèse, n'est valable que si elle vise une rupture immédiate, et en est effectivement suivie (4). Cela dans l'intérêt du lien matrimonial ou des tiers, afin d'éviter les séparations injustifiées ou frauduleuses.

Il existe toutefois à cette règle une exception notable. L'interdiction de prévoir et de réglementer par avance une cessation de cohabitation éventuelle, ne joue pas lorsque les conjoints ont eu déjà recours à ce remède, et sont sur le point de se réconcilier. Alors, en effet, instruits par l'expérience, ce n'est plus de leur part qu'une mesure de prudence excusable, que de penser à l'insuccès possible de leur bonne volonté. Les causes qui, dans les autres circonstances, légitiment la prohibition, ne se retrouvent plus ici ; en tout cas, la réunion des époux mérite d'être encouragée, même au prix de cette dérogation. C'est ce qui fut décidé dès 1839 dans *Vandergucht v. de Blaquière* (5), et récemment encore en 1921 dans *Meyrick v. Meyrick* (6). D'ailleurs l'exception a été étendue, dans le même but d'aider au rapprochement des parties, au cas de simple « separation or-

(1) *Rodney v. Chambers*, 2 East. 283.
(2) *Re Moore, Trafford v. Maconochie* (1888), 39 Ch. D. 116, C. A.
(3) *Wilkinson v. Wilkinson* (1871), L. R. 12 Eq. 604.
(4) La violation de cette exigence, à la différence de certaines autres causes d'invalidité, entraînerait une nullité absolue et *complète* du separation deed, que la Cour ordonnerait de détruire (*Bindley v. Mulloney*, 7 Eq. 343).
(5) 5 Myl. & Cr. 229 ; cf. *Joddrell v. Joddrell*, 15 L. J. Ch. 17.
(6) (1921) 1. Ch. 111, 90, L. J. Ch. 152.

der » ; l'engagement pris par le mari envers sa femme, pour la convaincre de revenir à lui, de lui verser 150 £ si elle devait à nouveau solliciter semblable ordonnance de séparation, a été jugée obligatoire (1).

II. — C'est là, sauf cette réserve, une première condition absolue de validité : il faut que le pacte soit justifié par une discorde actuelle assez grave pour entraîner une interruption immédiate de la vie commune. Mais en outre, il ne faut pas, et c'est là l'aspect négatif du problème, qu'il serve à réaliser une autre fin que celle-là seule qui est reconnue légitime.

Cette seconde condition de validité ne sera pas remplie, par exemple, lorsque les époux se proposeront, en se séparant à l'amiable, non seulement de mettre fin à leur mésentente, mais encore de se donner l'un à l'autre la permission et toute facilité d'entretenir désormais des relations adultères (2). Le contrat sera alors frappé de nullité, soit que tous les deux aient eu cet objet pour but, soit que l'un seulement ait eu cette intention coupable au su de son conjoint. Lorsqu'un seul des époux aura agi dans cette pensée, la convention sera annulable sur la demande de l'autre (3).

De même encore, lorsque la fin véritable de l'accord aura été de rendre plus facile un procès en divorce, le résultat sera de le rendre absolument nul (4). Egalement lorsque son seul but aura été de faire fraude aux droits des créanciers (5), ou encore d'en retirer un bénéfice immoral (6).

Par contre ne sera pas considérée comme viciant l'entente des parties, la volonté, tout en portant remède à une association malheureuse, de terminer par un compromis une poursuite, pénale intentée pour voie de fait, ou tout autre délit (7).

(1) *Harrison v. Harrison* (1910), 1 K. B. 35.
(2) v. Lord Cotton dans *Fearon v. Aylesford*, 14 Q. B. D. 792.
(3) *Evans v. Carrington*, 2 de G. F. & J. 481.
(4) *Hope v. Hope* (1857), 8 D. G. M. & G. 731 C. A.
(5) *Hobbes v. Hull*, 1 Cox. 445 ; *Legard v. Johnson*, 3 V. 352.
(6) Exigence par le mari demandeur en divorce, pour arrêter le procès, que le complice de l'adultère commis par sa femme lui verse une somme d'argent. *Gipps v. Hume*, 2 John & H. 517, cf. *Brown v. Brine*, 1 Ex. D. 5.
(7) *Elworthy v. Bird* (1825), 2 Sim. & St. 372.

III. — Lors donc que le pacte remplira ces deux conditions il sera en principe valable ; à supposer toutefois, comme dans n'importe quel autre contrat, que le concours des consentements ait été régulièrement formé. Qu'il nous suffise de mentionner que les catégories romaines de l'erreur, du dol, et de la violence, n'ont pas été adoptées par le Droit Anglais qui a élaboré ici des concepts particuliers (1). Par application de ces notions spéciales, il a été décidé qu'une partie n'est pas liée par un accord, que son conjoint n'a jamais eu l'intention d'observer (2). Il a été jugé, de même, qu'un époux n'est pas obligé par un contrat de séparation, lorsqu'il n'a été amené à le conclure que par des « fraudulent misreprésentations » portant sur des faits matériels, comme lorsque son co-contractant l'a trompé sur son inconduite antérieure par des déclarations mensongères, ou la lui a laissé ignorer par des réticences frauduleuses ; ou bien encore lorsqu'il lui a caché le montant de sa fortune (3). Cette conséquence ne se trouverait pas écartée par la circonstance que l'auteur du mensonge serait non pas l'époux lui-même, qui y serait resté étranger, mais son trustee. Elle jouerait de même, en dépit d'une clause générale de pardon visant tous les griefs antérieurs, si le pacte n'avait été conclu que sur la foi d'une affirmation formelle d'innocence (4). Mais dans tous les cas il reste entendu que la preuve de la fraude doit être faite.

Le contrat ne serait pas valable non plus à l'égard de la

(1) JENKS, *Digest*, ART. 81 : « Lorsqu'une personne a été amenée par dol *(fraud)*, contrainte *(duress)*, menaces *(threats)*, ou abus d'influence *(undue influence)*, à prendre une résolution et à la traduire par une déclaration de volonté déterminée, elle aura elle-même, ou, si elle est morte, ses représentants auront le droit, de révoquer cette déclaration de volonté tant à l'égard de la partie coupable qu'à l'égard de tout tiers qui, au moment d'agir sur la foi d'une telle déclaration, connaissait ou devait connaître le dol, la contrainte, les menaces ou l'abus d'influence, et à l'égard des acquéreurs à titre gratuit *(volunteers)*. Mais elle ne pourra le faire au détriment des personnes qui, de bonne foi, et moyennant valable « *considération* » ont agi d'après cette déclaration de volonté, à moins que la fraude n'ait résulté d'une erreur... [de fait commise de bonne foi].

Cf. Y. TAG-ELDINE, *Le Dol, vice du consentement en droit français et la « misrepresentation » anglaise* (Thèse Lyon, 1926).

(2) *Crabb v. Crabb* (1868), L. R. 1 P. D. 601.

(3) *Hulton v. Hulton* (1917), 1 K. B. 813 ; 86 L. J. K. B. 633.

(4) HALSBURY, *op.* et *loc. cit.*, n° 905 t. *Evans v. Carrington* (1860), 2 de G. F. & J. 481.

femme qui n'y aurait souscrit que sous la menace de violences, ou par l'effet d'une pression injuste venant du mari (1). Mais ne serait pas toutefois considérée comme cause de nullité la simple menace d'une procédure en dissolution, divorce ou séparation judiciaire (2).

IV. — Nous arrivons à la question de la « consideration », qui joue dans le Droit anglais des obligations un rôle analogue à celui de notre théorie de la cause (3).

La « consideration », ce n'est pas simplement le but visé par celui qui s'engage, c'est d'une façon plus précise la compensation qu'il attend en échange de l'accomplissement de son obligation. C'est, de la part du bénéficiaire de la promesse, ce qu'il fait, omet ou supporte, ou doit faire, omettre ou supporter, comme contre-partie de ladite promesse (4). Le contrat causé, selon cette conception, peut se traduire par la formule suivante : je fais quelque chose pour vous, vous ferez quelque chose pour moi (5). L'engagement dépourvu de « consideration » est un pacte-nu qui en principe ne lie pas.

Les obligations consenties dans un accord de séparation devront donc, en principe, observer cette condition générale de validité des contrats.

Toutefois, nous avons eu déjà l'occasion de le dire, il existe en faveur des actes scellés un privilège sur ce point. A la différence des « simple contracts », ils lient les parties, sans que soit nécessaire l'énoncé d'une consideration, sans que l'existence même de celle-ci doive être démontrée pour obtenir « at law » son exécution en justice. La force probante des « deeds » est

(1) *Adamson, v. Adamson*, 23 T. L. R. 434 (assurance donnée à une femme non avertie, par son mari et l'avocat de celui-ci, que l'unique moyen pour elle d'obtenir une pension était de signer le contrat, qu'autrement son mari l'abandonnerait et qu'elle n'aurait droit à rien.)

(2) *Wilson v. Wilson*, 1 H. L. Cas. 538 ; *Holroyd v. Holroyd*, 36 T. L. R. 479 ; HALSBURY, *op.* et *loc. cit.*, nº 906.

(3) v. BRESSE, *la Théorie de la « Consideration » en Droit anglais* (Thèse Dijon, 1919).

V. également l'article de F. P. WALTON, *Cause and Consideration in Contracts* dans 41 L. Q. R. (1925) 307, qui donne un compte-rendu, du point de vue anglais, du livre de M. CAPITANT sur la Cause.

(4) cf. JENKS, *Digest.*, art. 204.

(5) J. W. SALMOND, *Jurisprudence* (Londres, 1902), p. 387.

absolue. On peut donc dire qu'en droit anglais les conventions sont soumises à cette prescription essentielle et alternative : soit d'avoir pour fondement une consideration régulière, soit d'être rédigées en forme solennelle. Cette équivalence au fonds n'est pas irrationnelle, ainsi que le montre Salmond, car ces deux conditions répondent également à une même préoccupation, qui est d'empêcher les promesses imprudentes ou inconsidérées d'avoir une efficacité légale (1).

Il ne sera donc pas suffisant, lorsque la séparation amiable n'aura pas encore donné lieu à la confection d'un deed, ou même lorsqu'il ne sera pas dans l'intention des parties d'y recourir jamais, qu'elle soit conforme aux exigences du droit jusqu'ici énoncées. Il faudra, de plus, que les engagements réciproques des époux soient légalement causés.

Mais en quoi devra consister d'une façon précise cette considération ? Nous savons que la validité des pactes étudiés n'a été que progressivement admise par la jurisprudence, fragment par fragment, au cours d'une lente évolution, partie d'une nullité d'ordre public pour aboutir à la reconnaissance la plus large qui soit. Or, l'histoire de cette transformation des idées se reflète fidèlement dans l'adoucissement continu des exigences des juges, relativement à cette nécessité d'une cause.

Pendant longtemps il fallut à tout engagement du mari ou de la femme une contre-partie précise et définie, différente de la simple renonciation réciproque au droit de cohabitation, mais susceptible de varier avec les espèces. Ainsi la stipulation d'une rente payable par la femme, et la renonciation par le mari à ses droits sur les biens de celle-ci, pouvaient se servir mutuellement de « consideration » (2). Il s'élabora de la sorte, au fur et à mesure des décisions, une liste de plus en plus complète de causes valables. Nous ne saurions ici songer à suivre ce développement pas à pas. Citons seulement au hasard des cas, l'engagement pris par le « trustee » d'indemniser le mari contre les dettes de son épouse, alors que la Common Law les mettait encore à sa charge ; l'obligation assumée par l'époux de verser

(1) SALMOND, *op. cit.*, p. 389.

(2) « On ne doit pas peser les considerations dans des balances trop précises », par Lord Hardwicke dans *Fitzer v. Fitzer*, 2 Atk. 514.

à sa femme une pension ; l'abandon d'une instance judiciaire, qu'il s'agisse d'une poursuite en divorce, ou en nullité, ou même d'une simple plainte pour violences, en échange de la même prestation ; l'abandon de son douaire par l'épouse, et la renonciation de la part du mari à tous ses droits sur les propriétés de celle-ci (1).

Lorsque l'accord stipulait qu'un « deed » serait rédigé avec les clauses habituelles et convenables, l'existence d'une « consideration » suffisante se trouvait alors présumée ; car on comprenait dans celles-ci l'obligation de garantie en faveur du mari contre les dettes contractées par sa femme (2). Quand, malgré l'absence de « consideration », la convention avait cependant reçu exécution entre les parties, le vice était alors effacé dans leurs rapports respectifs ; mais, vis-à-vis des créanciers et des acquéreurs ultérieurs, l'inopposabilité demeurait (3).

Il va sans dire qu'une considération illicite, comme celle de rendre plus facile une procédure en divorce, n'était pas valable.

Comme exemple de « consideration » qui ne fut pas admise, on peut citer le cas *Walrond v. Walrond* en 1858, où la femme, dont la propriété était affectée par un « settlement » à son usage personnel, sans aucun pouvoir d'anticipation, s'était engagée envers son mari à l'indemniser de ses dettes ; et cela, par le motif qu'elle n'était pas alors capable de contracter semblable obligation. Aujourd'hui, cette conséquence se trouverait semble-t-il, écartée (4).

En l'état actuel du droit, les règles précédentes ne présentent plus, à vrai dire, le même intérêt ; car l'interprétation de plus en plus large de la notion de cause tend à supprimer pratiquement cette condition. Aujourd'hui, en effet, il est admis par la jurisprudence que la convention formée par les époux d'habiter à part l'un de l'autre est par elle-même obligatoire, et doit recevoir exécution forcée, sans qu'il y ait lieu de rechercher si les stipulations des conjoints ont une contre-partie régulière.

(1) Halsbury, *op. et loc. cit.*, nº 908.
(2) *Gibbs v. Harding* (1870), 5 Ch. App. 336.
(3) *Frampton v. Frampton* (1841), 4 Beav 287 ; *Fitzer v. Fitzer* (1743), 2 Atk. 54 ; *Cowx v. Foster* (1860), 1 John. & H. 30.
(4) (1858) John 18 ; — Halsbury, *op.* et *loc. cit.*, nº 904 ; White et Tudor, *op. cit.*, p. 630.

Théoriquement la nécessité d'une « consideration » demeure, mais, comme elle peut consister dans la renonciation elle-même de chacun à la vie commune, tout se passe comme si pratiquement elle était tombée en désuétude (1).

* * *

Voilà quelles sont les exigences, ou plus précisément aujourd'hui les libertés, du système juridique anglais, relativement à la formation des séparations conjugales amiables. D'un mot on peut résumer la question en disant que tout pacte concernant une rupture immédiate est en principe valable, s'il n'a pas par ailleurs une fin illicite qui puisse être prouvée.

§ 3. — Contenu, effets, et durée des contrats de séparation.

Par l'aperçu sommaire des « considerations » qui furent progressivement admises par la jurisprudence, on a déjà pu se rendre compte du contenu habituel des pactes. D'ailleurs la matière ne saurait présenter d'originalité que par son mode d'organisation, car au fond ce *modus vivendi* fait naître universellement des besoins identiques.

Les clauses de la convention répondent essentiellement à deux ordres de préoccupation : d'une part, régler la situation personnelle des conjoints et de leurs enfants, d'autre part, aména-

(1) Halbsbury, *op.* et *loc. cit.*, nº 908 ; White et Tudor, *op. cit.*, p. 629 et les références en note.

Eversley apporte toutefois certaines restrictions à cette doctrine (*op. cit.*, p. 419) : « Quand mari et femme, désunis sans espoir, conviennent de se séparer et de vivre à part, et que la seule considération de leur séparation est leur mutuel engagement de s'autoriser l'un l'autre à mener une vie distincte, sans se causer d'ennui ni agir en restitution de droits conjugaux, mais qu'il n'est pas prévu d'obligation pour des trustees d'indemniser le mari, ni, à la charge de ce dernier, de verser une pension à sa femme, une telle convention sera, selon toute probabilité, reconnue valable et sanctionnée par la Cour. Mais d'ordinaire elle ne sera pas admise comme exception contre une action en restitution, quand la Cour sera convaincue de la sincérité du demandeur. »

V. *Williams v. Williams* (1921), P. 131 ; 90 L. J. P. 97. — *Walter v. Walter* (1921), P. 302 ; 90 L. J. P. 372.

ger en vue d'une existence distincte un régime des biens fait pour la vie commune ; car les contrats de mariage modifient souvent sous ce rapport le système légal.

I. — Au regard du statut personnel des époux, la stipulation primordiale du contrat est celle par laquelle chacun renonce à sa prérogative légale d'obliger l'autre à revenir au domicile matrimonial, par l'exercice de l'action en « restitution de droits conjugaux ». Aussi cette clause est-elle considérée comme « usual », et sous-entendue lorsqu'elle n'est pas expressément formulée. De même est « usual » la promesse du mari de laisser sa femme demeurer à part, sans avoir à craindre aucun tourment, ni intervention de son fait (1). Mais elle peut également être expresse et réciproque ; nous devrons donc nous demander quels sont les faits qui, de la part de chacun, peuvent être regardés dans ce cas comme une « molestation » (2).

La rupture amiable ne doit avoir pour but, ni pour résultat, de favoriser les mauvaises mœurs. Aussi rencontre-t-on souvent dans les pactes la clause « dum casta », par laquelle le conjoint subordonne l'exécution de ses obligations envers son épouse, à la condition que celle-ci restera chaste. S'il arrivait par la suite qu'elle commît le délit d'adultère, elle ne serait plus fondée à exiger de son co-contractant le respect de ses engagements, par exemple les versements d'argent prévus pour sa subsistance. Toutefois comme cette stipulation n'est pas d'ordinaire réciproque, et que le motif de la désunion peut être uniquement la mauvaise conduite du mari, elle ne doit pas, suivant le juge Kay, être considérée comme « usual » (3). Lors donc qu'elle ne sera pas formellement transcrite (4), la femme ne sera pas déchue de ses créances malgré l'irrégularité de sa vie (5). A dire

(1) HALSBURY, *op.* et *loc. cit.*, nº 909.
(2) HALSBURY, *op.* et *loc. cit.*, nº 911.
(3) Dans *Hart v. Hart* (1881), 18 Ch. D. 692.697 ; cf. *Bradley v. Bradley*, 51 L. J. P. & M. 87.
(4) *Crough v. Crough* (1912), 1 K. B. 378 (expression ambiguë interprétée comme obligatoire).
(5) v. notamment le dictum du M. R. Brett et celui de Lord Cotton dans *Fearon v. Aylesford*, 14 Q. B. D. 799 et 808 C. A.
Cf. *Sweet v. Sweet* (1895), 1 Q. B. 12 ; *Wasteneys v. Wasteneys* (1900) A. C. 446.

vrai, l'opinion contraire avait tout d'abord triomphé dans *Gandey v. Gandey*, mais elle fut répudiée en appel (1).

Souvent aussi l'accord contient le désistement d'une procédure déjà commencée, ou la renonciation au projet d'intenter un procès. L'ordre public ne s'oppose nullement, en effet, à ce que l'époux innocent prenne l'engagement, vis-à-vis de l'autre, de ne jamais invoquer en justice sa mauvaise conduite antérieure (2). Ainsi le pacte se présente manifestement comme une transaction. Les époux, se fermant d'une part la voie de l'action en restitution, et d'autre part tout recours à un jugement de nullité de mariage (3), de divorce ou de séparation judiciaire, entendent donner à leur situation contractuelle un caractère absolument stable. Seule, en effet, une réconciliation pourra y mettre fin, à moins que sur une demande en justice faite au mépris du pacte, le défendeur évite d'opposer cette exception d'irrecevabilité. Le désistement peut d'ailleurs être pur et simple et valoir, le cas échéant, comme pardon, ou bien être seulement conditionnel (4).

Lorsqu'il existe des enfants, les deux parents ont le droit, depuis l'Act de 1873, de confier leur garde à la mère ou à un tiers, et non pas forcément au père (5). Mais, à la différence des autres clauses, celle-ci ne sera pas définitive du seul fait du concours des consentements, car la loi précitée a reconnu à la

(1) 7 P. D. 77 et (1882) C. A. 7 P. D. 168 s.

(2) *Gooch v. Gooch* (1893), P. 106 ; *Rowley v. Rowley*, L. R. 1 H. L. Sc. 63.

(3) *Aldridge v. Aldridge* (1888), 13 P. D. 210.

(4) *Newsome v. Newsome*, L. R. 2 P. & D. 306.

(5) Auparavant une disposition en ce sens aurait été regardée comme illicite, et l'exécution refusée pour les « separation articles » in toto. V. par exemple *Vansittart v. Vansittart*, 2 D. G. & J. 249 ; 27 L. J. Ch. 222. Il avait été convenu entre les parents, acceptant un compromis sur une procédure en divorce dirigée contre le mari, que deux de leurs enfants seraient entièrement confiés à la garde de leur mère, et que, pour les autres, ils ne pourraient être envoyés dans aucune école du Berkshire, ni dans aucun établissement demandant moins de 60 £ par an ; il était convenu en outre que les deux fils aînés, ne pourraient être remis à aucune école, hormis certaines expressément désignées, sans le double consentement des parties. La Cour estima à l'unanimité que ces conditions ne pouvaient pas recevoir application, comme contraires aux règles d'ordre public attribuant au père la direction de ses enfants.
Cf. *Hunt v. Hunt*, 28 Ch. D. 606.

Cour le pouvoir d'y porter toute modification qui lui paraîtrait commandée par l'intérêt des mineurs (1).

On peut également ranger parmi les dispositions concernant la personne des époux, bien qu'elle soit liée étroitement au régime des biens, la convention réglant le partage des revenus et l'attribution d'une pension. C'est elle qui assure, en effet, l'entretien de chacune des parties. De nos jours elle ne présente plus le même intérêt vital qu'autrefois, puisque, depuis la grande réforme de 1882, les gens mariés sont, quant au patrimoine, comme s'ils ne l'étaient pas. Néanmoins l'inégalité des fortunes ou des fautes peut encore lui servir de base.

Il reste entendu que toutes les stipulations précédentes, de même que celles qui vont suivre, étaient souscrites pour la femme par un trustee, contractant avec son mari, tant qu'elle fut incapable de s'engager valablement elle-même.

II. — Pour ce qui est maintenant des questions proprement patrimoniales posées par la rupture amiable, elles ont été en grande partie supprimées par les lois qui ont établi entre les conjoints un régime de séparation de biens absolu. Elles ne subsistent plus, en effet, que dans la mesure où les parties dérogent au système légal par un contrat de mariage. Mais leur intérêt est considérable au point de vue du développement historique de notre institution. Il apparaît toutefois difficile d'en faire un exposé satisfaisant, sans connaître toute la complexité de la propriété et des différents droits réels anglais. Comme cette étude préalable nous entraînerait trop loin, sans profit immédiat pour l'enseignement que nous espérons dégager de ces pages, nous nous bornerons à donner seulement les brèves indications suivantes.

Parmi les « considerations » mentionnées plus haut, nous rele-

(1) *St.* 36 & 37 *Vict. c.* 12 *s.* 2. *Infant's Custody Act.* : « Aucune convention contenue dans un deed de séparation, passé entre le père et la mère d'un ou de plusieurs enfants, ne sera considérée comme nulle, du seul fait que le père y consentirait à remettre leur garde ou leur surveillance à la mère ; étant en tout cas réservé qu'aucune Cour ne sanctionnera une telle clause si elle estime qu'il n'est pas conforme à l'intérêt des enfants de lui donner effet. » Disposition reproduite dans le *Supreme Court Judicature (consolidation) Act*, 1925, *s.* 193.

vons la renonciation de la femme à son douaire. L'Echiquier avait en effet décidé en 1834, que la séparation par « deed » n'avait pas pour effet de priver celle-ci de son douaire, à défaut d'une déclaration expresse en ce sens (1). Mais cette institution n'est plus aujourd'hui en vigueur.

Nous avons vu également parmi les clauses les plus fréquentes, celle par laquelle le mari abandonnait tous les droits qu'il tenait de la loi, ou de la convention matrimoniale, sur les biens de sa femme, le trustee de celle-ci le garantissant en échange contre les dettes qu'elle pourrait contracter. De la sorte par cette disposition réciproque, se trouvait écarté le grand obstacle de la Common Law qui traitait le ménage, aussi bien au point de vue actif que passif, comme une unité absolue.

Pour la rédaction des stipulations qui précèdent les conjoints avaient recours à des hommes de loi; de même qu'ils s'adresseraient en France à des notaires, s'ils leur prenaient envie, malgré le Code, de se dispenser sans jugement de leur obligation réciproque de cohabitation.

* * *

Quels sont les effets de la séparation par contrat ?

Ils dépendent évidemment des dispositions convenues dans le pacte, et à ce titre ils peuvent varier d'une espèce à l'autre ; le Droit Anglais accordant aux parties une liberté très large. Néanmoins la jurisprudence reconnaît, en outre, à cette institution certains effets indépendants des clauses de l'accord, qui constituent une sorte de droit commun en la matière.

I. — Envisageons tout d'abord la question au regard des époux eux-mêmes.

a) Nous savons déjà que sont considérées comme « usual », les conventions de renonciation réciproque à la faculté d'agir en restitution de droits conjugaux, d'autorisation par le mari à sa femme de demeurer à part sans « molestation » de son fait, et encore d'indemnisation de ce dernier des dettes de sa

(1) Halsbury, *op.* et *loc. cit.*, n° 918.

femme pendant la séparation. Au contraire ne sont pas « usual » l'abandon du douaire par celle-ci, ni l'engagement par elle de ne pas agir en augmentation de la pension, au cas où son mari se rendrait par la suite coupable d'inconduite (1). D'autre part, il a été jugé autrefois que la séparation extra-judiciaire n'entraînait pas au bénéfice de la femme une extension de capacité (2).

En conséquence, certains des effets sus-énoncés n'ayant plus aujourd'hui d'intérêt il résulte toujours de la rupture amiable, même verbale, essentiellement le droit, au profit de chacun des conjoints, de refuser désormais à l'autre la cohabitation (3), sans avoir à craindre de lui aucun empêchement ; le pacte lui procurant toujours une exception contre toute action en restitution (4). De même, avant la loi de 1923, la femme ne pouvait pas trouver dans cette situation la circonstance aggravante d'abandon, rendant recevable sa demande en divorce pour adultère (5). Egalement elle ne peut plus saisir dans ce cas la juridiction sommaire pour cause de « desertion » (6), et solliciter d'elle un « separation » ou « maintenance order », quand bien même son mari ne lui paierait plus la pension convenue (7),

(1) HALSBURY, *op.* et *loc. cit.*, nº 916.

(2) *Lord St. John v. Lady St John*, 11 V. 531 ; *Stamper v. Barker*, 5 Madd. 157.

(3) *Fitzgerald v. Fitzgerald* (1869), L. R. 1 P. & D. 694, le refus du mari de renouer avec sa femme les relations conjugales ne peut jamais après une séparation consensuelle, être assimilé à un abandon.

Il semble bien toutefois qu'une tendance contraire se fasse jour dans la jurisprudence la plus récente. V. notamment *Palmer v. Palmer* (1923), P. 180 C. A. par Sir Henry Duke, où l'on voit invoquer l'ancien principe des Cours ecclésiastiques comme étant resté en vigueur. — Mais il est peu probable que nous devions assister à un revirement aussi surprenant dans le droit.

Cf. JENKS, *Digest*, ART. 1864 : « Le mari et la femme ont l'obligation, l'un vis-à-vis de l'autre, de cohabiter, sauf s'ils sont séparés judiciairement, ou s'ils ont mutuellement convenu de se séparer... »

(4) *Spernig v. Spernig* (1863), 3 Sw. & Tr. 211 ; *Stanes v. Stanes* (1877), 3 P. D. 42. — Doctrine différente dans *Anguez v. Anguez* (1866), L. R. 1 P. & D. 176, mais aboutissant au même résultat.

(5) *Buckmaster v. Buckmaster* (1869), L. R. 1 P. & D. 713.

(6) Il y a *désertion* quand un époux, sans le consentement, ou contre la volonté de l'autre, sans cause ou excuse raisonnable, fait que celui-ci vit en fait séparé de lui, pendant deux ans ou plus (HALSBURY, *op.* et *loc. cit.*, nº 988).

(7) *Piper v. Piper* (1902), P. 198 ; *R. v. Leresche* (1891), 2 Q. B. 418 C. A. ; *Pape v. Pape* (1887), 20 Q. B. D. 76.

à moins que préalablement au fait qualifié d'abandon une réconciliation ne soit intervenue effaçant sur ce point le pacte (1), ou bien que ce dernier n'ait jamais reçu en fait application (2).

Ce droit à une habitation distincte est si sûr, que les juges n'ont pas hésité à accorder à une femme retenue de force par son conjoint, au mépris d'un accord de séparation, un « writ of habeas corpus », pour lui faire recouvrer son indépendance (3). Par ailleurs, un mari ne serait plus de nos jours recevable à agir lui-même par « habeas corpus », pour revendiquer dans cette hypothèse la personne de sa femme (4).

b) La conclusion d'un pacte met-elle obstacle, en l'absence d'une stipulation spéciale à cette fin, à l'exercice postérieur par l'une des parties d'une action en séparation judiciaire ou en divorce ? Par l'interprétation de l'obligation de ne pas « molester », la jurisprudence a dû résoudre cette difficulté. Mais elle a décidé qu'à la différence de l'action en restitution de droits conjugaux, cette demande ne constituait pas un trouble interdit, et par suite restait toujours permise dans ce cas (5). Par contre, quand les conjoints ont expressément renoncé au droit d'engager par la suite une telle procédure, clause qui est nous le savons licite, elles ne sont plus recevables à agir dans ce but. Il y a lieu toutefois de faire ici des distinctions.

Le plus souvent c'est l'époux innocent, qui, pardonnant à l'autre ses torts, ou obtenant de lui des compensations, lui promet de ne jamais fonder sur eux un procès ; ou bien quand les griefs sont réciproques, les promesses le sont également. De toute façon ne sont visées que les fautes antérieures au « deed » et connues à ce moment. Car si l'un des conjoints donnait son

(1) *Edwards v. Edwards* (1905), 69 J. P. 344 ; en l'espèce il n'était pas intervenu une véritable réconciliation, mais seulement des réunions de temps à autre ; le refus de continuer la pension fut néanmoins assimilé à un abandon.

(2) *Cock v. Cock*, 13 W. R. 188.

(3) *Rex v. Winton* (1792), 5 Term. Rep. 89-91. cf. *Rex v. Mead*, 1 Burr. 542.

(4) *Reg. v. Leggatt*, 18 Q. B. 781 ; *Reg. v. Jackson* (1891), 1 Q. B. 671.

(5) *Thomas v. Everard* (1861), 6 H. & N. 448.

V. cependant *Flower v. Flower*, 25 L. T. 902, où le mari obtint une *injunction* pour empêcher sa femme de former contre lui une demande en séparation judiciaire, après s'être engagée vis-à-vis de lui « *not to molest, trouble or disturb* ».

consentement à l'insertion de la clause dans l'ignorance de certaines choses reprochables à l'autre, il ne serait pas considéré comme ayant renoncé à les invoquer (1).

Les parties n'abandonnent donc pas dans cette hypothèse la faculté éventuelle de saisir la justice, si leur co-contractant se rend à nouveau coupable de l'un des faits admis par la loi (2).

Le jeu de ce principe apparaît nettement dans *Rose v. Rose* (3). L'épouse avait renoncé à faire état de la conduite passée de son mari. Ultérieurement elle déposa contre lui une requête basée sur les sévices et l'adultère, ceux-là ayant été commis avant la rupture, et celui-ci depuis. La Cour prononça la séparation pour ce dernier motif, mais déclara que le divorce ne pouvait pas être accordé, la circonstance aggravante encore exigée à cette époque étant réputée effacée.

Toutefois, si les griefs antérieurs au deed ne peuvent plus fonder une demande, la jurisprudence décide qu'ils sont susceptibles de justifier néanmoins une défense. Voici dans quelle hypothèse la question présente intérêt : la femme commet un adultère, un deed est conclu comportant la clause de renonciation, puis le mari se rend coupable du même délit et son épouse l'assigne en séparation judiciaire. Sa demande doit-elle être accueillie, ou peut-elle être écartée par le jeu de la compensation des torts ? Les juges ont incliné vers la seconde solution dans *Gooch v. Gooch* par ces motifs, que : « les parties ne peuvent pas par cette stipulation entraîner des conséquences plus graves que par un pardon, ou imposer à la Cour l'obligation d'accorder une séparation judiciaire malgré l'adultère du demandeur. [Qu'ils] peuvent abandonner leurs droits mais qu'ils ne peuvent pas dégager la Cour de son devoir » (4).

Que vaudrait le même engagement des contractants, s'il visait formellement les fautes qui surviendraient postérieurement au pacte ? Serait-il lui aussi licite et lierait-il les tribunaux ? Une réponse négative paraît résulter du précédent arrêt.

(1) Par Sir J. Hannen dans *Morrall v. Morrall*, 6 P. D. 98-100, cf. *Bishop v. Bishop* (1897), P. 138.
(2) HALSBURY, *op. et loc. cit.*, n° 915 et 997 n.
(3) 7 P. D. 225, 8 P. D. 98 C. A.
Contra *Ehlers v. Ehlers*, 113 L. T. 1215.
(4) 1893, P. 99 et 106-107.

c) La séparation rend souvent nécessaire, pour assurer la subsistance du conjoint le moins fortuné, le versement d'une pension d'entretien. Elle dépend entièrement du concours des consentements des parties, qui ont pouvoir de la régler comme elles l'entendent. La jurisprudence complète néanmoins les dispositions du pacte par des règles interprétatives.

C'est ainsi qu'elle décide, en cas de silence sur ce point, que l'époux créancier acquiert la rente jour par jour, en sorte qu'à sa mort sa succession n'a droit qu'à la fraction d'annuité échue depuis le dernier terme. De même elle reconnaît au débiteur la faculté de retenir du chiffre ainsi fixé l'impôt sur le revenu (1). Pour ce qui est des économies réalisées sur elle par le crédirentier, les tribunaux ont dû prononcer plusieurs fois relativement à leur propriété. Etant donné que la pension a par nature un caractère alimentaire, il semblerait qu'elle ne doive être acquise définitivement qu'au fur et à mesure de sa consommation, et qu'elle ne puisse permettre la constitution d'un pécule enrichissant son titulaire. Mais, suivant les arrêts, tout dépend ici de l'intention des contractantes et des circonstances. Aussi trouve-t-on des décisions dans les deux sens. Dans *Brooke v. Brooke* (2), le mari ne fut pas admis à l'exercice d'une revendication ; dans *Messenger v. Clarke* (3), au contraire, sa prétention, formulée il est vrai contre un tiers donataire, après le décès de son épouse, fut reconnue légitime.

Par ailleurs, quand la femme a souscrit l'engagement exprès de ne pas agir par la suite en réclamation d'aliments, au delà du montant de la rente par elle acceptée, les juges décident que cette obligation demeure à son encontre, quand bien même le mari mènerait une vie irrégulière, pourvu que celle-ci fût sem-

(1) *Re Barry's Trusts, Barry v. Smart* (1906), 1 Ch. 768 ; compte tenu toutefois des déductions à lui consenties par le fisc : *Bailey v. Bailey* (1922), 2. K. B. 227.

Serait nulle la stipulation de paiement libre de l'impôt : *Blount v. Blount* (1916), 1 K. B. 230 ; *Burroughs v. Abbott* (1922), 1 Ch. 86.

Mais serait licite la clause décidant que la pension devrait s'élever à tant, une fois l'impôt payé : *Re Wooldridge, Wooldridge v. Coe* (1920), W. N. 78; cf. Clause analogue *Re Gordow's Settlement, Hunt v. Mortimer* (1924), 1 Ch. 146.

(2) (1858), 25 Beav. 342 ; cf. *Birkett v. Birkett* (1908), 98 L. T. 540.

(3) (1850) 5 Exch. 388.

blable par sa nature à celle ayant amené la séparation. S'il se rendait coupable, par contre, de faits nouveaux n'ayant pu être prévus lors de la convention, il se trouverait alors déchu du droit de l'opposer à une telle demande (1).

Quand l'accord des époux ne prévoit pas l'exécution des devoirs d'entretien et de secours, crée-t-il un obstacle à leur mise en jeu ultérieure, ou les laisse-t-il au contraire subsister ?

Il est admis dans ce cas, concernant en particulier le pouvoir de la femme d'engager le crédit de son mari par ses dépenses de cette nature, que la persistance de ce droit dépend alors du montant de ses ressources, eu égard aux moyens et à la position sociale de son conjoint (2). En principe donc l'obligation alimentaire peut survivre dans cette hypothèse en dehors du foyer. — Par application du critère énoncé, l'épouse n'a pas qualité pour obliger son mari lorsqu'elle a un revenu séparé suffisant (3), — lorsqu'elle est capable de gagner sa vie, s'il s'agit d'une femme ouvrière, — lorsqu'une tierce personne fournit à ses besoins, — ou encore quand son mari, de son propre mouvement, lui fait tenir une pension convenable. Ce dernier ne sera pas par suite lié dans ces différents cas par ses engagements, que le co-contractant ait, ou non, connu le paiement de la rente, ou la circonstance, quelle qu'en soit l'origine, de la suffisance de ses ressources. Naturellement l'existence de cette condition sera dans chaque espèce une pure question de fait, appréciée suivant les éléments actuels de la cause ; restant entendu que le pacte ne devra contenir aucune stipulation à ce sujet (4). Lorsque cette insuffisance, dont la preuve incombera au tiers qui prétendra s'en prévaloir (5), sera reconnue par le juge, la femme sera alors regardée comme un mandataire forcé, tirant de la loi le pouvoir absolu d'obliger son conjoint pour les choses nécessaires à sa vie. Le juge tiendra compte, dans cette évaluation, de sa position, ainsi que des frais d'éducation, le cas

(1) HALSBURY, *op.* et *loc. cit.*, n° 916 *h*.
(2) *Bird v. Jones* (1828), 3 Man. & Ry. K. B. 121.
(3) *Mizen v. Pick*, 3 M. & W. 481, dont la doctrine diffère de celle de Lord Eldon dans *Rawlyns v. Vandyke*, 3 Esp. 250 ; décidé dans cette espèce qu'elle oblige dans ce cas son separate estate et non pas son mari.
(4) HALSBURY, *op.* et *loc. cit.*, n° 863, notes *a*, *b*, *c*, *d*, *e*.
(5) *Johnston v. Summer*, 3 H. & N. 266.

échéant, des enfants qui seront remis à sa garde (1). Le simple fait qu'elle aurait semblé acquiescer au versement d'une annuité donnée, ne saurait dégager le mari de sa responsabilité pour la fourniture desdites choses nécessaires. Mais cette responsabilité cesserait néanmoins de plein droit si elle se rendait coupable d'adultère, que les tiers en soient ou non prévenus (2).

Dans l'hypothèse où la question des aliments aurait fait l'objet d'une prévision spéciale dans la convention, et où la femme aurait volontairement consenti à conserver la charge de son entretien, ou bien aurait agréé une rente d'un chiffre déterminé, elle n'aurait plus alors de mandat tacite engageant son mari, du moins aussi longtemps que celui-ci exécuterait fidèlement son obligation (3) même si ses revenus, ou l'annuité reçue, n'étaient plus suffisants. L'inconduite ultérieure de ce dernier, à condition de n'être pas de nature à le priver du droit d'invoquer le pacte, ne rendrait pas à l'épouse ce pouvoir.

Dans le cas cependant où la convention serait nulle, cette dernière, bien qu'ayant souscrit à son préjudice une clause de cette sorte, resterait mandataire forcée de son conjoint pour ses « necessairies », comme si la rupture avait eu lieu sans pacte. La situation serait, en effet, assimilée à une séparation par la faute de l'un d'eux, et la règle rappelée plus haut recevrait son application (4).

d) Du fait de l'engagement d'indemnisation, le mari se trouve déchargé de tous les frais pouvant naître du chef de son épouse à partir du contrat, y compris ceux des procédures où il serait assigné, sur la base du mandat tacite, pour fourniture de choses nécessaires ; mais non pas, sauf clause expresse en ce sens, des dettes déjà existantes à ce moment (5). Par contre, et la chose vaut d'être notée, le mari peut encore, malgré le pacte, devenir créancier par le fait de sa femme. C'est en effet un principe admis par le Droit Anglais, que l'époux peut demander des dommages-intérêts au complice de l'adultère commis

(1) Halsbury, *op.* et *loc. cit.*, n° 868.
(2) Halsbury, *op.* et *loc. cit.*, n° 869.
(3) Le non paiement de la pension ferait revivre le mandat *Nurse v. Craig*, 2 B. & P. N. R. 148. *Beale v. Arabin*, 36 L. T. 249.
(4) Halsbury, *op.* et *loc. cit.*, n° 862-2°.
(5) Halsbury, *op.* et *loc. cit.*, n° 912.

par son épouse. Or le deed, n'étant pas destiné à rendre ce délit licite, n'a pas pour conséquence de lui retirer cette prérogative (1).

e) Pour ce qui est des biens que la femme pourrait acquérir, ou des économies qu'elle pourrait faire, pendant la durée de la séparation, il avait été admis dès avant la réforme lui attribuant la jouissance et la disposition de son patrimoine pendant le mariage, qu'ils constituaient un « settlement » pour son usage personnel, pouvant faire l'objet d'un legs de sa part, alors même que l'entente aurait été simplement verbale (2).

II. — Considérons maintenant les conséquences de la séparation amiable à l'égard des enfants.

On doit tout d'abord observer que ne sont visés par cette expression générale, que ceux qui sont nés ou conçus lors de la rupture. Pour les autres qui viendraient au monde postérieurement, se pose néanmoins l'importante question de leur légitimité. Dans le cas où la séparation est judiciaire, la présomption de paternité qui pèse sur l'époux à raison du mariage, se trouve interrompue, et par suite les enfants conçus pendant sa durée ne lui sont plus attribués de plein droit. Lorsqu'au contraire l'éloignement a lieu sans jugement, le bénéfice de cette mesure lui est-il encore accordé ? Jusqu'à une date récente la réponse était incertaine. Mais, le juge Horridge ayant en 1924, dans *Andrews v. Andrews et Chalmers* (3), admis que le mari pouvait user du désaveu dans le cas de simple « separation-order », le juge Bateson en 1926, dans *Mart v. Mart* (4), étendit cette règle au « separation-deed ». Par conséquent après un pacte de cette nature, il suffira au mari de prouver l'absence de relations entre lui et sa femme à la période envisagée, pour écarter la présomption de sa paternité.

Par application du principe d'interprétation ci-dessus formulé, lorsqu'un trust est constitué au profit des enfants dans

(1) *Chambers v. Caulfield*, 6 East. 244.
(2) HALSBURY, *op.* et *loc. cit.*, n° 687.
(3) P. 255 ; 93 L. J. P. 137. Décision ayant confirmé le précédent *Hetherington v. Hetherington* (1887), 12 P. D. 112.
(4) P. 24 ; 95 L. J. P. 29.

un acte scellé de séparation, on l'entendra comme concernant seulement les premiers, et non pas ceux qui pourraient naître après la réconciliation. La remarque n'est pas sans intérêt, car, nous le verrons, la reprise de cohabitation n'entraîne pas de plein droit la cessation de tous les effets du pacte (1).

Tandis qu'en principe les époux sont libres de fixer comme ils l'entendent les clauses les concernant personnellement, sans que les tribunaux aient d'autre contrôle à exercer, quant ils sont requis d'en ordonner l'exécution, que de vérifier leur conformité à l'ordre public; en ce qui concerne leurs enfants, le pouvoir de libre détermination des parties subit une restriction notable. Sans doute les parents ont-ils la faculté de régler la garde des enfants, leur entretien et leur éducation, selon leur commune volonté ; mais à la différence de toute autre matière où les juges devraient, sauf l'hypothèse de nullité et quel que fût leur sentiment intime, assurer l'observation du contrat, ici ils jouissent d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, leur permettant, quand l'intérêt des mineurs leur paraît l'exiger, de refuser son application, qu'il s'agisse d'un deed ou d'un « simple contract » (2).

Ainsi dans *Besant v. Wood* la Cour décida, en 1879, qu'il ne convenait pas de respecter un accord aux termes duquel une mère devait garder onze mois par an un enfant de 8 ans, alors que, faisant profession d'athéisme, elle s'opposait à ce qu'aucune instruction religieuse lui fût donnée, et que par ailleurs elle avait publié un livre immoral (3).

Par contre, fut ordonnée comme raisonnable dans une autre affaire l'application d'une convention, prévoyant que les enfants seraient confiés à des établissements d'enseignement choisis par le mari, et qu'ils passeraient tour-à-tour leurs vacances, selon l'indication des « trustees », chez l'un et l'autre de leurs parents (4).

Lorsque le tribunal exerce de la sorte un pouvoir d'office, modifiant les termes du pacte, il ne saurait être question par la suite, à l'encontre de la partie qui invoquerait sa décision, de

(1) Halsbury, *op.* et *loc. cit.*, nº 914.
(2) Halsbury, *op.* et *loc. cit.*, nº 209.
(3) 12 Ch. D. 605, 629 ; et *Re Besant* (1879), 11 Ch. D. 508 C. A.
(4) *Hamilton v. Hector* (1872), L. R. 13 Eq. 511 et (1871) 6 Ch. App. 701.

violation de ses engagements. Bien plus, le conjoint qui prendrait lui-même, contre le gré de l'autre, l'initiative d'un changement en saisissant les juges, ne serait pas réputé manquer à sa parole. Le mari, par exemple, qui aurait consenti à laisser son enfant aux soins de sa femme, serait ensuite recevable à agir en invoquant l'incapacité de celle-ci, pour lui faire retirer cette garde, sans pour autant perdre le bénéfice de l'accord (1).

Il est donc entendu que le contrat reste pleinement valable en dehors des dispositions réformées par justice. Aussi a-t-il été décidé que le père, qui avait assumé entièrement la charge d'entretenir ses enfants, lesquels devaient habiter avec lui, demeurait lié par sa promesse bien que la Cour les lui eût retirés (2). Par ailleurs il a été jugé, mais la solution peut ici n'être pas approuvée, que lorsque la mère devait conserver ses enfants à ses frais, et que d'autre part son mari devait lui servir une pension, le montant de celle-ci ne devait pas être modifié par la circonstance que leur garde lui était enlevée pour cause d'incapacité (3).

Ainsi les deux parties qui se séparent n'ont pas à régler seulement leur sort par leur entente; elles doivent encore, lorsqu'elles ont des enfants, arrêter entre elles les conditions de leur existence. Le Pacte renferme alors, en une certaine manière, des stipulations pour autrui, et la question se pose de savoir si les bénéficiaires jouissent personnellement du droit de les invoquer, et par suite d'une action pour les faire sanctionner. La jurisprudence a pris ici très nettement position : elle dénie aux enfants tout droit propre ayant son fondement dans le pacte (4).

III. — En troisième lieu, on doit se demander si la convention produit effet à l'égard des tiers, c'est-à-dire pratiquement si elle est opposable aux créanciers. Il est certain qu'elle n'est pas en principe nulle vis-à-vis d'eux, comme violant la règle d'immutabilité des contrats de mariage, puisque cette règle rigoureuse

(1) *Besant v. Wood*, 12 C. D. 605 par Jessel M. R.
(2) *Gandy v. Gandy* (1882), 7 P. D. 168 C. A.
(3) *Crough v. Waller* (1859), 4 de G. & J. 302.
(4) *Gandy v. Gandy* (1885), 30 Ch. D. 57 C. A. ; cf. *Crough v. Waller* précité.

est inconnue en Angleterre. Par ailleurs, étant donné que le pacte est licite, il n'y a pas de raison pour que les personnes qui postérieurement à sa conclusion se lieront avec les époux soient recevables à le méconnaître ; le fait lui-même de l'habitation séparée étant par nature notoire. L'opposabilité aux créanciers est donc admise par le droit ; nous avons eu déjà l'occasion de le dire à propos d'une conséquence particulière : la disparition du mandat tacite lorsque l'obligation alimentaire est réglée par l'accord ; la jurisprudence ne fait même dans ce cas aucune distinction suivant que les tiers ont eu connaissance de cette circonstance, ou non. Il ne s'ensuit pas que les époux puissent librement s'entendre, sous couleur de séparation, dans le but de leur causer préjudice. S'il n'existe pas de règle spéciale en la matière, celles du droit commun suffisent à les protéger.

Elles sont formulées par un Statut de 1571, toujours en vigueur, dans les principes suivants : tout transfert de droit réel ou personnel, réalisé avec l'intention de faire tort à des créanciers, est nul vis-à-vis d'eux ; néanmoins l'acquéreur de bonne foi à titre onéreux, c'est-à-dire qui a ignoré la faute de son auteur, est protégé contre les réclamations de ceux-ci ; enfin l'annulation ne profite qu'auxdits créanciers, l'acte reste valable, une fois qu'ils ont reçu satisfaction, à l'égard de tous autres et à toute autre fin. On aperçoit aisément la parenté de ce système avec l'action Paulienne que nous connaissons (1).

Le texte précédent, étant absolument général, a reçu de bonne heure application en matière de « separation deeds », ainsi que le montre l'examen de la jurisprudence : dès 1786 à notre connaissance (2). Pour apprécier s'ils sont frauduleux, les juges examinent la « consideration » de l'obligation critiquée, et n'accordent la nullité que si celle-ci ne leur apparaît pas cer-

(1) *St.* 13 *Eliz. c.* 15. *Act against Fraudulent Deeds, Gifts, Alienations, etc.*

v. également *St.* 4 & 5 *Geo. V. c.* 59 *s.* 42. *Bankruptcy Act*, 1914.

(2) *Stephens v. Olive* (1786), 2 Bro. C. C. 90 ; *Hobbs v. Hull* (1788), 1 Cox. Eq. Cas. 445 ; *Num v. Wilsmore* (1800), 8 Term. Rep. 521.

cf. *Jones v. Waites* (1839), 5 Bing. N. C. 341 Ex. Ch. ; (1842) 9 Cl. et Fin. 101 H. L.

taine ou suffisante ; étant entendu qu'ils n'exigent pas une équivalence rigoureuse entre les prestations (1).

Si donc le pacte de séparation n'a plus, à proprement parler, besoin d'une « consideration » régulière pour sa validité « inter partes », cette exigence subsiste néanmoins, semble-t-il, pour qu'il produise effet « erga omnes » ; c'est-à-dire pour qu'il soit opposable aux tiers acquéreurs ou créanciers des époux. C'est là d'ailleurs une condition générale concernant tous les « post-nuptial settlements ». Mais nous savons que les juges découvrent facilement cette « consideration » dans les obligations réciproques des parties : que ce soit l'engagement d'indemniser le mari des dettes de sa femme (2), l'abandon par celle-ci de sa créance d'aliments (3), le désistement d'un procès ou même tout compromis quelconque sur des prétentions litigieuses (4).

Halsbury va même jusqu'à enseigner, sur la foi d'un arrêt rendu en 1900 (5), que la simple « consideration » qui suffit aujourd'hui entre les parties, c'est-à-dire le double engagement de vivre séparé, rend également le pacte opposable aux tiers (6).

* * *

En étudiant les effets de la séparation amiable entre les parties, puis vis-à-vis de leurs enfants et des tiers, nous avons vu la sphère d'application des pactes. Il y a lieu ensuite de poser la question de leur durée. Nous l'envisagerons tout d'abord en dehors du cas d'inexécution et de sa sanction, qui rentrera dans notre prochain paragraphe.

La séparation conjugale constitue une situation anormale, elle est essentiellement le remède d'un mal. Elle peut être en fait définitive, mais elle laisse toujours subsister l'espoir d'une réconciliation, elle apparaît donc par nature temporaire. Par consé-

(1) HALSBURY, *op. cit.*, v° *Fraudulent and Voidable conveyances*, n° 166 s.
(2) *Stephens v. Olive*, précité.
(3) *Hobbs v. Hull* précité.
(4) *Nunn v. Ladbroke*, 8 T. R. 521.
(5) *Re Weston, Davies v. Tagart* (1900), 2 Ch. 164 (transfert de propriété au bénéfice de la femme opposable à la faillite de son mari).
(6) HALSBURY, *op, cit.*, v° *Husband and Wife*, n° 908.

quent il semble *a priori* que les effets de la convention destinée à l'organiser, doivent toujours prendre fin avec elle, et se présenter également comme provisoires. Il n'y a là cependant, aux termes de la jurisprudence anglaise, aucun principe d'ordre public (1). Il est par suite permis aux parties de stipuler dès l'origine que certaines dispositions de leur contrat resteront toujours en vigueur, même dans l'hypothèse où la vie commune reprendrait son cours.

A la vérité les juges sont si éloignés de condamner cette pratique, qu'ils en font une simple question d'intention, pouvant résulter de la teneur générale du pacte et des circonstances (2). Il y a lieu d'ailleurs de distinguer suivant l'objet des clauses.

Pour ce qui est de celles touchant à la propriété, elles sont présumées permanentes, à moins que la volonté contraire des parties ne soit évidente. Les « separation deeds » sont donc à ce point de vue considérés comme des « post nuptial settlements ». Ainsi l'engagement pris, lors d'une séparation, par le frère de la femme de tenir en « trust » un capital, dont il était déjà garant par l'effet du contrat de mariage, successivement pour elle et son mari, pendant leur vie et ensuite pour leurs enfants, fut considéré comme définitif (3).

En ce qui concerne la pension promise par le mari à son épouse, les tribunaux décident suivant l'intention expresse ou implicite des conjoints (4). A cet égard l'indication qu'elle sera servie « pendant la vie de la femme » est un indice intéressant, mais qui n'est pas toutefois absolument déterminant ; quand l'interprétation littérale prévaut, la rente survit à la mort du mari et

(1) *Nicholls v. Danvers*, 2 V. 671 (maintien des trusts pour le service de la pension après la réconciliation) ; *Wilson v. Mushett*, 3 B. & Ad. 743 ; *Byrne v. Carew*, 13 Ir. Eq. R. 1.

(2) Lord Bowen dans *Nicol v. Nicol* (31 Ch. B. 524) : « Le vrai principe est que la reprise de la vie commune ne mettra fin à toutes, ou à certaines dispositions du *separation deed*, qu'autant que les termes du *deed*, exactement interprétés à la lumière des circonstances concomitantes, impliqueront que lesdites dispositions ne devaient avoir effet que pendant la durée de la séparation. »

Halsbury, *op.* et *loc. cit.*, n° 913.

(3) *Ruffles v. Alston* (1875), L. R. 19 Eq. 539.

(4) Coleridge C. J. dans *Negus v. Forster*, 46 L. T. 675 (pension pendant la vie de la femme, mais à condition qu'elle demeurera chaste) ; *Grant v. Budd*, 30 L. T. 319 (pension jusqu'au décès du prémourant).

devient exigible de ses exécuteurs ou administrateurs. La volonté des contractants peut encore résulter d'autres conditions, par exemple de celle stipulant, relativement à une pension viagère, qu'elle prendra fin lorsque les époux auront cohabité un mois, après avoir convenu par écrit de reprendre la vie commune. Il fut en effet décidé dans ce cas, que cette disposition expresse excluait toute condition tacite de cessation par réconciliation pure et simple, et en conséquence le mari fut toujours regardé débiteur, bien que depuis six mois les conjoints eussent fait la paix entre eux, mais sans écrit, et eussent vécu ensemble pendant toute cette période (1).

Le caractère permanent conféré de la sorte au « separation deed » n'aura pas tant pour résultat, semble-t-il, du moins en ce qui concerne certaines de ses clauses, de leur faire produire réellement effet entre les époux au cours d'une réunion ultérieure, que de les faire revivre immédiatement dans le cas où cette réconciliation ne serait qu'éphémère.

Ainsi, puisque la séparation amiable donne lieu souvent à deux catégories de dispositions, au point de vue de leur durée d'application, n'est-il pas étonnant que la convention soit scindée parfois en deux actes : l'un destiné à devenir caduc par l'effet de la réunion des conjoints, et l'autre à survivre à cet événement. Et c'est là pour les tribunaux un critérium sûr. Dans *Crouch v. Waller* (2) on rencontre un exemple de cet usage ; l'un des deeds contenait l'engagement de chacune des parties de ne pas troubler l'existence de l'autre, la clause d'indemnisation du mari contre les dettes de sa femme, et celle accordant à cette dernière la garde de ses enfants : toutes stipulations prévues seulement pour le temps de la séparation d'habitation ; l'autre deed, au contraire, renfermait la promesse d'une pension pour l'épouse, ne devant s'éteindre qu'à la mort de celle-ci.

Nous avons supposé jusqu'ici de la part des parties le respect de la parole donnée, mais il arrive parfois que l'une d'elles veut se soustraire à ses engagements. La question de leur exécution forcée se trouve alors posée.

(1) *Randle v. Gould*, 8 El. & Bl. 457.
(2) (1859) 4 de G. & J. 302.

§ 4. — Exécution forcée et sanction des pactes en cas de violation de ses engagements par l'un des époux.

Quand, malgré l'engagement pris par lui, un époux ne paie pas la pension prévue dans l'accord, ou, lorsqu'au mépris d'une promesse de ne pas troubler l'existence séparée de l'autre, il lui rend par ses agissements cette vie impossible, le conjoint trompé dans sa bonne foi doit s'adresser aux juges, pour obtenir les satisfactions auxquelles il a droit aux termes du pacte.

Il n'y aurait pas lieu de s'arrêter à ce problème général, dont la solution est commune à toutes les conventions, si le système britannique d'exécution forcée des contrats ne présentait un aspect vraiment particulier.

Les obligations, enseignent les législations du continent, s'exécutent en nature ou par équivalent, c'est-à-dire dans la seconde hypothèse par le paiement de dommages-intérêts. Elles se distinguent, d'autre part, suivant une classification romaine, reproduite par l'article 1101 de notre Code civil, en obligations de donner, de faire, ou de ne pas faire. Or, il est admis traditionnellement que seules les premières peuvent, lorsque l'obligé se refuse à tenir ses engagements, permettre une exécution judiciaire directe. Pour les autres, le juge ne peut en général que les sanctionner indirectement par une condamnation à une indemnité pécuniaire. « Nemo potest praecise cogi ad factum » disait-on au XVI^e siècle. « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur », proclame le Code Napoléon (art. 1142).

Sans doute la Common Law n'est-elle pas éloignée de cette conception ; mais le système qui a eu l'influence la plus profonde est celui de l'Equity, dont les règles sont bien différentes. Aussi peut-on dire que le droit anglais en la matière est tout-à-fait original. Il doit ainsi aux Chanceliers ecclésiastiques, dont la loi n'avait d'autre source que leur conscience, des institutions spéciales, beaucoup plus propres à contraindre les contractants à respecter fidèlement leur parole. En principe, tout engagement doit être accompli suivant le mode lui-même fixé par la convention. Si le créancier se heurte à la mauvaise volonté du promet-

tant, le droit met à sa disposition deux moyens : l' « injunction » et la « specific performance ». Le premier peut se définir : « la procédure judiciaire par laquelle une partie reçoit l'ordre de cesser, ou de s'abstenir de faire un acte déterminé ou une chose déterminée » (1) ; il sanctionne donc les contrats négatifs, nous dirions les obligations de ne pas faire. Si l'intimé s'avisait de désobéir à cet ordre, il se rendrait coupable du délit de « contempt of Court », c'est-à-dire de mépris de la Cour, et serait poursuivi pénalement. La « specific performance », ou exécution « in specie », c'est le recours accordé contre le débiteur récalcitrant pour le faire condamner à remplir son obligation, suivant les termes précis où il l'a assumée ; elle sanctionne donc, sous la menace de la même peine d'amende ou de prison, les contrats positifs, nous dirions les obligations de faire ou de donner (2).

De nos jours une certaine confusion s'est introduite entre ces deux procédés, du fait que le juge emploie l' « injunction » hors de son domaine propre, pour ordonner d'une façon générale à une partie de ne pas rompre son contrat. Mais ce qu'il importe surtout de retenir, c'est que depuis l'Act de 1873, unifiant les deux ordres de juridiction, l'exécution des conventions est assurée avec la même rigueur, plus satisfaisante que notre pseudo-équivalence pécuniaire, en Commun Law comme en Equity.

Nous n'avons pas encore énoncé une restriction très importante à l'obtention de ces mesures : elles sont discrétionnaires de la part des juges ; c'est-à-dire qu'elles ne sont accordées, conformément à l'esprit de l'Equity, que lorsque la façon dont a été obtenu l'engagement a été juste et régulière. De plus, il faudra toujours une « consideration » valable, qu'il s'agisse d'un « simple contract » ou d'un deed (3). S'il est donc vrai que l'acte scellé soit parfaitement régulier sans cause, il n'en reste pas moins qu'il ne peut alors donner lieu qu'à des dommages-intérêts en cas de violation des promesses (4). Aussi

(1) Halsbury, *op. cit.*, v° *Injunction*, t. XVII, p. 199.
(2) V. E. Barda, *De la « Specific performance » ou Exécution « in specie » dans les contrats en droit anglais comparé* (Thèse Paris, 1928).
(3) Fry, *Specific Performance* (1903), p. 658.
(4) Jenks, *Digeste*, Art. 213.

comprenons-nous pourquoi en fait, à raison de l'importance attachée à la « specific performance », la plupart des deeds sont causés. On peut dire, en somme, que la présomption de l'existence d'une considération dans tout « deed », admise « at law », n'est pas par contre reconnue « in equity ».

En principe, toutes les obligations contenues dans une convention doivent produire effet, et le cas échéant pouvoir faire l'objet d'une contrainte. Toutefois lorsqu'elles sont contraires à l'ordre public ou illicites, elles sont regardées comme nulles et frappées d'inefficacité. Le pacte de séparation étant en lui-même valable, que se passera-t-il sous ce rapport, lorsque certaines de ses clauses seront invalidées par le juge ? Sera-t-il caduc pour le tout, ou seulement pour partie ? Une distinction s'impose ici suivant la forme du contrat. Il a été décidé, en effet, dans *Hamilton v. Hector* (1), que les dispositions licites d'un « separation deed » doivent être sanctionnées par la Cour, quand bien même d'autres seraient nulles; tandis que, s'agissant simplement de « separation articles », l'exécution *in specie* devrait être refusée pour le tout.

Toutefois cette règle ne doit jamais, semble-t-il, avoir pour résultat de favoriser un seul des contractants. Car, c'est en Equity un principe absolu que la « specific performance » ne peut jouer, que si les obligations de l'une et de l'autre des parties sont susceptibles d'être sanctionnées par elle (2). Lors donc que les promesses d'un seul seraient nulles, cette mesure serait refusée à l'autre (3).

Une autre différence capitale oppose, au même point de vue, les « deeds » aux « simple contracts ». Lorsqu'à l'appui d'une action en exécution forcée, un deed régulier en la forme est présenté aux juges, la partie défenderesse est irrecevable à invoquer contre lui aucune exception. Il fait preuve, en effet, d'une manière absolue (sauf s'il a pour objet une chose illicite ou s'il a été obtenu par fraude ou violence), des affirmations et des circonstances de fait qu'il énonce. Cette conséquence particulière des actes scellés, qui les rapproche de nos titres authen-

(1) (1872) L. R. 13 Eq. 511, 524 ; cf. *B. v. B.* (1892) 8 T. L. R. 636.
(2) Fry, *op. cit.*, p. 355.
(3) *Vansittart v. Vansittart*, 2 D. G. & J. 249.

tiques, est connue sous le nom d' « estoppel » (1). Elle joue même à l'encontre de la femme qui n'a été partie au « deed » que par l'intermédiaire d'un trustee, lorsqu'elle en a accepté le bénéfice ; aussi ne peut-elle plus dès lors dénier son consentement à l'exposé du pacte qui mentionne son accord à vivre à part de son conjoint (2).

* * *

Nous savons maintenant comment doit procéder l'époux séparé par consentement mutuel, pour obliger son co-contractant à observer le pacte.

Il formera une demande en « specific performance » lorsque celui-ci ne voudra pas accomplir une promesse positive ; il sollicitera une « injunction » quand ce dernier se proposera de violer un engagement négatif, par exemple quand il sera sur le point d'agir en restitution de droits conjugaux, ou d'exercer contre lui une « molestation ».

Dans la seconde hypothèse, l'injunction ne sera un remède adéquat qu'autant que la procédure interdite par la convention ne sera pas encore commencée ; dans le cas contraire, ce sera par le moyen d'une exception tirée de l'accord qu'elle se trouvera paralysée dans son cours, quelle que soit la juridiction saisie, puisque depuis 1873 l'Equity est appliquée par toutes les Cours (3).

Aujourd'hui l'exécution en nature est toujours accordée « inter partes », sans qu'il faille distinguer selon l'existence ou

(1) « L'*estoppel* n'est pas la cause d'une action, c'est une règle en matière de preuve qui interdit à une personne de contester l'exactitude de quelque déclaration faite par elle-même auparavant », dictum de Lord Lindley dans *Low v. Bouverie* (1891), 3 Ch. 101.

Cf. Glanville (fin du XII^e^), *Tractatus de Legibus et consuetudinibus regni Angliae tempori Regis Henrici secundi compositus*, lib. X, c. XII : « Ubi sigillum suum esse publice recognovit in Curia, cartam illam tenetur warrantizare et conventionem in ipsa carta expressam sicut in ea continetur, omnino servare sine contradictione. »

Sur l'origine française du mot « *estoppel* », v. F. Godefroy, *Dict. de l'ancienne langue française (IX^e^ au XV^e^ s.)*, v° *Estouper* : action de boucher avec de l'étoupe, d'où arrêter, faire cesser, empêcher.

(2) Halsbury, *op. cit.*, v° *Husband and Wife*, n° 910.

(3) *Judicature Act*, 1873, *s.* 24.

l'absence d'une « consideration », puisque, aux termes de la jurisprudence récente, la simple renonciation réciproque à la cohabitation suffit à la constituer.

Il convient encore de rappeler que le contrat, à l'instar d'un jugement, fait naître au profit de chacune des parties un véritable droit à une habitation distincte, et non pas une faculté précaire. Ce serait vainement, par suite, que l'époux oublieux de ses engagements, pour écarter une ordonnance de « specific performance », offrirait de reprendre la vie commune ; une telle proposition serait en l'état de la clause absolument inefficace, ainsi qu'il résulte de nombreuses décisions dont la plus ancienne paraît remonter à 1700 (1).

Par contre il ne serait pas irrecevable, sans engagement contraire de sa part, à opposer à cette action une demande en séparation judiciaire (2).

Voici quelles sont les règles du droit commun. Mais il faut en outre envisager l'hypothèse spéciale de faillite, qui provoque de la part du mari l'interruption forcée de la pension. Il est alors admis que la femme peut produire pour le montant de sa rente évaluée en capital (3), même si le service de celle-ci est soumis à la condition qu'elle restera chaste, ou encore à d'autres conditions déterminées. Mais sa créance est soumise au même sort que les autres (4). Elle peut en outre être critiquée, si elle paraît être le résultat d'un concert préjudiciable aux intérêts des autres ayants-cause du failli (5). Lorsqu'un dividende lui a été ainsi versé, et qu'elle vient ensuite à mourir, aucune action en remboursement, a-t-il été jugé, ne peut être intentée contre sa succession, sous prétexte qu'elle aurait touché de la sorte plus que son mari ne lui aurait payé s'il était demeuré solvable (6).

(1) *Seeling v. Crawley* (1700), 2 V. 386 ; cf. *Guth v. Guth* (1792), 2 Bro. C. C. 614.
(2) V. Jessel M. R. dans *Besant v. Wood* (1879), 12 Ch. D. 605, 612, 630.
(3) *Mac Quiban v. Mac Quiban* (1913), P. 208 ; 83 L. J. P. 19.
(4) *Bankruptcy Act* 1883, *ss.* 37, 40 ; — *R. Whitaker* (1901), 1 Ch. 9 ; *R. Batey*, 14 C. D. 579.
(5) *Fitzer v. Fitzer*, 2 Atk. 611.
(6) Halsbury, *op.* et *loc. cit.*, nº 926.

* * *

Toute partie peut donc contraindre par voie judiciaire son co-contractant à remplir exactement les engagements souscrits par lui, et non pas seulement obtenir un dédommagement pécuniaire. Mais il peut aussi arriver qu'elle préfère se libérer elle-même de ses propres obligations. Dans quel cas la chose sera-t-elle possible ?

La question ne soulève pas de difficulté lorsque le « deed » contient une clause expresse de résolution, décidant par exemple que la mauvaise conduite ultérieure de tel époux annulera de plein droit la convention, lorsqu'elle sera suivie d'un jugement de divorce ou de séparation judiciaire (1).

Mais, en dehors de là, le principe qui domine la matière est que l'inexécution du contrat par l'une des parties ne lui retire le droit de s'en prévaloir, et d'en exiger elle-même l'observation, que lorsqu'elle est par sa nature si essentielle, et qu'elle apparaît si délibérée (2), qu'elle équivaut de sa part à une véritable répudiation du pacte. Elle doit donc satisfaire à deux conditions : l'une de fait et l'autre d'intention ; seulement alors on peut dire qu'il y a « breach ».

C'est ainsi que, dans *Kunski v. Kunski*, le simple défaut de paiement par le mari d'une pension hebdomadaire n'a pas été reconnu suffisant pour l'empêcher d'invoquer l'accord (3) ; tandis qu'au contraire cette même cessation, accompagnée de l'intention formelle de ne plus rien verser, a été interprétée dans *Kennedy v. Kennedy* comme un « breach » permettant à la femme d'obtenir un décret de restitution de droits conjugaux (4). De toute façon néanmoins, l'interruption du verse-

(1) *Dowling v. Dowling* (1898), T. 228.

(2) L'inobservation involontaire n'entraîne évidemment aucune déchéance contre son auteur. *Hunt v. Hunt* (1884), 28 Ch. D. 606, C. A. (le mari conserve la garde de ses enfants, mais s'engage à laisser à leur mère libre accès auprès d'eux, puis, médecin militaire, il est envoyé en Egypte. Jugé qu'il peut les emmener avec lui, bien qu'il doive en résulter contre sa femme privation de son droit de visite).

(3) (1898) 68 L. J. P. 18 ; cf. *Walter v. Walter* (1921), P. 302 ; T. L. R. 575, par Lord Birkenhead.

(4) (1907) P. 49 ; cf. *Tress v. Tress*, 12 P. D. 128 ; *Durand v. Durand* (1789), 2 Cox. Eq. Cas. 207 ; *Balcombe v. Balcombe* (1908), P. 176 ; *Smith v. Smith* (1915), P. 288 ; 85 L. J. P. 16 ; *Looker v. Looker* (1918), P. 132 ; 87 L. J. P. 72 ; *Walsh v. Walsh* (1920), T. L. R. 463.

ment des arrérages promis à la femme a pour conséquence de faire revivre immédiatement à son profit le mandat tacite, lui permettant d'obliger son mari pour ses dépenses nécessaires. De même encore, sauf le jeu de la clause « dum casta », l'adultère commis par l'épouse postérieurement à la séparation ne saurait être regardé par le mari, pas plus « at law » qu' « in equity », comme justifiant de sa part un refus de continuer la pension prévue par le pacte ; et inversement l'inconduite de ce dernier, à moins qu'elle ne soit par sa nature totalement différente de celle ayant provoqué la rupture, ne saurait rendre recevable une demande de la femme en majoration de la rente par elle acceptée.

Pour constituer une « molestation » contraire à un engagement de ne pas troubler l'existence séparée de l'autre conjoint, les agissements reprochés devront être, suivant le critère énoncé, voulus comme tels, et constituer effectivement une gêne (1). Par exemple l'inconduite de la femme, même s'il s'ensuit la naissance d'un enfant naturel, ne sera pas en soi un « breach » de la promesse faite au mari de ne pas lui causer d'ennui ; elle sera par contre interprétée comme telle, lorsqu'elle aura été poursuivie en vue de revendiquer un titre ou des propriétés, en prétendant l'enfant légitime. De même encore l'introduction d'une demande en divorce ne sera considérée comme une violation de la clause dont s'agit, que lorsqu'elle sera dictée par la seule intention de nuire (2).

En l'absence d'un « breach » caractérisé, la jurisprudence décide que les obligations assumées par chacune des parties sont indépendantes l'une de l'autre, ainsi la promesse du mari de verser à sa femme une rente et celle de l'épouse de ne pas troubler son existence ; ainsi le même engagement du conjoint et celui de la femme d'entretenir les enfants confiés à sa garde. Il n'en irait autrement que si une volonté contraire se trouvait clairement exprimée dans le pacte. Par application de cette idée, il a été jugé autrefois qu'une demande en paiement d'an-

(1) v. Brett, M. R. dans *Fearon v. Aylesford*, 14 Q. B. D. 792.
(2) *Brown v. Brown*, L. R. 3 P. & D. 202 (accusation fausse du mari contre sa femme ; celle-ci recouvre tous les droits qu'elle avait avant le deed).

nuité, formée par les trustees de l'épouse, ne pouvait pas être écartée par le motif que celle-ci avait précédemment agi en restitution de droits conjugaux ; mais il semble bien qu'aujourd'hui on verrait dans cette dernière procédure une répudiation de la convention tout entière (1).

En résumé, il ne suffit pas d'une inexécution quelconque d'une disposition du contrat, pour que la partie déçue puisse se considérer *ipso facto* comme déliée de ses propres obligations, en l'absence d'une clause formelle en ce sens. Pour que la convention ne lui soit plus opposable, il est indispensable que son conjoint se soit rendu coupable d'une faute équivalant de sa part à un rejet du pacte. Lorsque cette condition ne sera pas remplie, elle sera donc seulement recevable à agir en accomplissement de l'engagement violé ; quand au contraire elle se trouvera réalisée, il lui sera loisible de cesser ses prestations, et même de former, malgré sa renonciation, une demande en divorce ou en restitution de droits conjugaux.

§ 5. — Comment peut prendre fin la séparation consensuelle.

La situation créée par un « separation deed » se prolongera parfois jusqu'à la mort de l'un des époux, mais parfois aussi elle disparaîtra auparavant.

Nous venons de voir que le pacte peut prendre fin par suite de sa violation caractérisée par l'un des contractants, lorsque l'autre conjoint préfère alors son anéantissement à son exécution forcée. Dans cette hypothèse deux solutions peuvent intervenir : la consolidation de la rupture, ou le rétablissement judiciaire de la vie commune.

Ce sont là les deux termes obligés d'une répudiation réciproque du statut contractuel. Mais l'un et l'autre peuvent être atteints sans qu'ait eu lieu au préalable une répudiation unilatérale de la convention.

(1) Halsbury, *op.* et *loc. cit.*, nº 917. *Jee v. Thurlow* (1824), 2 B. & C. 547.

Lorsqu'aucune clause n'interdit expressément de s'adresser aux juges, pour faire prononcer une sentence de séparation ou de dissolution du mariage, nous savons que l'accord n'a pas par lui-même pour effet de mettre obstacle à l'exercice d'une telle demande, même si elle n'est fondée que sur des torts antérieurs. Quand au contraire un jugement de cette sorte est prévue, la même action n'est plus recevable que pour des griefs postérieurs. En conséquence, un jugement de divorce peut toujours intervenir lorsqu'au cours de son existence distincte un époux commet le délit d'adultère, ou un jugement de séparation, s'il se rend seulement coupable de l'un des faits moins graves exigés par la loi pour son obtention.

Mais en principe, ni l'une ni l'autre de ces mesures n'entraîne de plein droit la résolution du pacte, qui continue à lier les parties quand elles n'ont pas exprimé une volonté contraire (1). Il existe toutefois une différence capitale entre les effets d'un jugement de divorce, et ceux d'une simple sentence de séparation, au regard des conventions « ante » ou « post-nuptial » touchant à la propriété. Alors que dans l'hypothèse de dissolution, la loi donne à la Cour le pouvoir de modifier, si elle le juge utile, lesdits « settlements », en faisant état de la conduite respective des parties, dans l'intérêt de l'une d'elle ou des enfants (2) ; dans le cas où le lien matrimonial subsiste, cette faculté ne lui est pas reconnue, et les dispositions dont s'agit demeurent en vigueur.

Mais ce n'est pas seulement en ce qui concerne les biens que la convention continue à lier les conjoints, après un « decree »

(1) *Rowley v. Rowley* (1866), L. R. 1 Sc. & Div. 63 ; *Charlesworth v. Holt* (1873), L. R. 9, Exch. 38 (pension prévue pour l'épouse pour « aussi longtemps qu'ils vivraient séparés » ; divorce pour cause d'adultère commis par elle ; Jugé par la Cour de l'Echiquier qu'elle n'avait pas pouvoir de modifier l'obligation du mari). Toutefois le principe absolu de ce précédent ne fait plus loi aujourd'hui. Cf. Lord Hanworth M. R. dans *Hyman v. Hyman* (1929), P. 1 ; 98 L. J. P. 1.

Grant v. Budd (1874), 30 L. T. 319 (clause analogue ; la femme fait prononcer le divorce pour adultère antérieur du mari ; celui-ci soutient que le but du pacte d'éviter un débat public ayant disparu, il doit être résolu ; mais son moyen n'est pas accueilli).

(2) *Matrimonial causes Act*, 1857, *s.* 45 ; 1859, *s.* 5 ; dispositions qui ont été fondues dans le *Supreme Court of Judicature (consolidation) Act*, 1925, *s.* 192.

de séparation. La Cour d'appel a, en effet, décidé dans *Gandy v. Gandy*, que la promesse par une épouse de se contenter de 250 £ par an pour son entretien et celui de ses enfants, sans jamais recourir contre son mari pour obtenir davantage, lui restait opposable par celui-ci, même après avoir été judiciairement séparée de lui à cause de l'inconduite et des mauvais traitements, de celui-ci et bien qu'il se fût enrichi depuis la conclusion du deed; les juges restant impuissants à écarter le pacte à défaut d'un « breach » reprochable à ce dernier (1). Ce n'est qu'en l'absence d'une renonciation expresse de la femme, à agir postérieurement en augmentation de la rente, que celle-ci pourrait alors être accrue à sa requête, mais non pas diminuée, les parties étant en ce cas présumées l'avoir ainsi entendu (2). Après un jugement de divorce au contraire, la Cour se reconnaît aujourd'hui le droit de modifier les clauses de l'accord, mais sans effet rétroactif (3) ; d'insérer par exemple dans la convention la clause « dum casta » non prévue originairement, et de fixer librement le chiffre des aliments. On peut voir dans *Morrall v. Morrall* une illustration de cette attitude. La stipulation litigieuse était analogue à celle que nous venons de citer ; l'épouse s'était même spécialement interdit d'agir dans le cas de

(1) Sir James Hannen (1882, 7 P. D. 77) avait admis en première instance la possibilité d'une révision, étendant à l'hypothèse de séparation la solution qu'il avait donnée dans *Benyon v. Benyon* (1876, 1 P. D. 447) pour celle de divorce, par le même motif que les parties n'avaient pas en vue cette situation en contractant. Mais en appel, Lord Jessel réforma sa sentence par la déclaration suivante qui est capitale (7 P. D. 168, 172 C. A.) : « Le législateur n'a pas cru bon de donner à la Cour [dans le cas de séparation judiciaire] les mêmes pouvoirs que dans celui de dissolution du mariage. Dans l'hypothèse de divorce la Cour s'est reconnu le droit de modifier non seulement les contrats post-nuptiaux, mais même les conventions ante-nuptiales, et d'user avec elles de la manière qui lui paraîtrait juste et opportune. Mais dans le cas de séparation judiciaire, un tel pouvoir n'existe pas, le deed reste en vigueur. L'épouse a droit à la pension qui lui est attribuée par le pacte, le mari est tenu de la verser. Il est par suite impossible à la Cour d'accorder des aliments dans la mesure regardée comme juste, car, estimant que leur montant devrait être moindre que le chiffre fixé par le deed, elle n'aurait pas la faculté d'écarter celui-ci, ni de rejeter l'action fondée sur lui par les trustees contre le mari. »

V. également *Negus v. Forster* précité.

(2) *Jee v. Thurlow* (1824), 2 B. & C. 547, et suite du dictum précité de Lord Jessel.

(3) *Constantinidi v. Constantinidi et Lance* (1905), P. 253 (les arrérages dus ne peuvent pas être retenus).

dissolution postérieure du mariage. Mais il n'en fut pas tenu compte (1).

Cette dernière règle, qui reconnaît à la justice le pouvoir d'apporter des changements dans les obligations contractuelles des parties, après le prononcé entre elles d'un divorce, vient d'être confirmée par deux arrêts de la Cour d'appel rendus en audience plénière (2). Malgré les précédents, la question fut en effet regardée comme délicate (3), et les trois conseillers tout d'abord saisis, réservant leur jugement, renvoyèrent l'une et l'autre affaire, pour être à nouveau plaidée devant tous les magistrats composant cette juridiction. Si, en définitive, la jurisprudence antérieure fut suivie, ce ne fut pas néanmoins sans de longues discussions sur la portée des décisions invoquées, et

(1) (1881) 6 P. D. 98 par Sir James Hannen.

Cf. *Clifford v. Clifford*, 9 P. D. 76 (divorce pour adultère de la femme ; réduction de la rente de moitié par la Cour d'Appel réformant la décision du juge Brett) ; *Benyon v. Benyon* (1876), 1. P. D. 447 (divorce pour adultère de la femme, augmentation de la pension prévue en faveur du mari, portée de 100 à 300 £) ; *Hodgson Roberts v. Hodgson Roberts et Whitaker* (1906), P. 142 ; *Morrissey v. Morrissey* (1905), P. 90 ; *Wilkinson v. Wilkinson*, 69 L. T. 459.

(2) *Hughes v. Hughes* (The Times, 19.6.28) : Mariage en 1892 ; en 1903, demande de la femme en séparation, mais retirée ; en 1920, action reprise par elle. Les époux passent alors deux *deeds* règlant leur séparation amiable, l'épouse s'engageant dans l'un à ne jamais par la suite, à aucun moment, exiger de son mari aucun secours *(any support, maintenance, or alimony)*. Le 25 septembre 1926 cette dernière fait prononcer un jugement de divorce ; le 15 septembre 1927, elle cite son mari en versement d'une pension d'entretien ; le 6 janvier 1928, celui-ci conclut au rejet de la demande, le *deed* la rendant suivant lui irrecevable. Le Président Lord Merrivale, estimant qu'était survenu un état de choses non envisagé par les parties au moment de l'accord (les époux étaient alors domiciliés en Irlande, où le divorce ne pouvait être obtenu que par un vote du Parlement), déclara qu'il ne mettait pas obstacle à l'octroi d'une pension, dans les conditions ordinaires du droit. Appel du mari.

Hyman v. Hyman (eod. loc.) : Divorce obtenu par la femme par *decree nisi* du 25 janvier 1927 ; elle forme une demande d'aliments. Le mari oppose par voie d'exception un *separation deed* du 19 septembre 1919, contenant engagement par elle de ne jamais, à aucun moment, essayer d'obtenir plus de 20 £ par semaine, en plus de deux sommes de 200 et de 2.000 £ prévues par le *deed*. Le défendeur prétend que, n'ayant jamais commis de *breach*, il est encore fondé à s'en prévaloir. Jugement de Mr. Hill (The Times 28.3.28) qui, s'estimant lié par la décision rendue la veille par le Président Lord Merrivale, donne gain de cause à la femme. Appel du mari.

Les deux appels furent réunis devant la Cour et rejetés.

(3) V. opinion analogue, mais dubitative, de Sir Francis Jeune dans *Bishop v. Bishop* (1897), P. 138.

elle ne réunit pas l'unanimité des suffrages. On se souvient que les jugements anglais, loin d'être impersonnels comme ceux de nos tribunaux, font savoir l'avis émis par chaque juge, et les arguments par lui retenus. Le Maître des Rôles, Lord Hanworth, opina dans le sens de la règle antérieurement adoptée, montrant que *Charlesworth v. Holt* n'avait pas acquis force de loi, ayant été rejeté par des sentences ultérieures ; mais si trois membres se rallièrent à sa manière de voir, les deux autres se refusèrent à les imiter, dont Lord Lawrence qui soutint avec force l'opinion contraire. Pour cet éminent magistrat, c'est encore ici l'intention des contractants qui doit être avant tout respectée, interprétée suivant le principe affirmé par la Cour d'appel, dans *Fearon v. Earl of Aylesford* ; c'est-à-dire sans que les juges aient le droit de présumer l'existence de conditions restrictives des engagements des parties. Donc suivant lui, de même qu'ils ne peuvent pas résoudre le pacte pour cause d'adultère commis postérieurement par l'un des conjoints, en l'absence d'une clause en ce sens, de même ils ne peuvent pas modifier une pension qui est prévue absolument irrévisable jusqu'à la mort de la femme, lorsqu'il n'est pas fait d'exception pour le cas de divorce. Ce qui d'ailleurs fut admis dans deux précédents arrêts (1). Et de même que dans *Fearon v. Aylesford*, l'objection qui serait tirée de l'ordre public devrait être ici écartée, l'obligation pour la femme de tenir ses engagements n'apparaissant pas comme le violant. Ayant ainsi démontré que le pacte continuait à lier les parties, Lord Lawrence envisagea le point de savoir s'il liait la Cour, faisant obstacle à ses pouvoirs ordinaires. Après avoir repris et discuté les cas cités par le Maître des Rôles, il déclara que suivant lui, il convenait d'étendre à l'hypothèse de divorce la solution donnée dans *Gandy v. Gandy*. Il serait en effet, disait-il, tout-à-fait contraire aux règles de l'Equity que la femme, après avoir accepté les avantages d'un « separation deed », soit admise à répudier les obligations souscrites par elle dans cet acte ; et cela, qu'elle ait obtenu un jugement de divorce, ou simplement un décret de séparation de corps. Car, dans l'un comme dans l'autre cas, elle se présente-

(1) *Goslin v. Clark*, 12 C. B. N. S. 681 ; *Charlesworth v. Holt*, précité.

rait alors comme invoquant d'une part le pacte, et le rejetant d'autre part, prétention que la Cour d'Equity s'est toujours refusée à accueillir. Mais par quatre voix contre deux cette argumentation fut repoussée.

Si nous avons reproduit les motifs qui précèdent, c'est pour montrer combien la jurisprudence anglaise est attachée au principe de l'autonomie des volontés, et au respect des conventions ; puisque l'unique hypothèse où elle reconnaît aux magistrats la faculté d'y faire échec, n'est pas encore tellement établie, qu'elle semble absolument à l'abri d'un revirement du droit.

* * *

L'hypothèse normale, cependant, de cessation de la séparation consensuelle, c'est la réconciliation des époux. Ce qu'un concours de consentement a pu faire, un accord en sens opposé peut le défaire. Toutefois la reprise de cohabitation, si elle met fin à l'effet principal du pacte, n'a pas cependant pour résultat nécessaire de rendre caduques toutes ses prescriptions (1). Les parties ont en effet le droit, lors de sa conclusion, de prévoir que certaines resteront en vigueur, même en cas de réunion entre elles. Nous avons eu déjà l'occasion de le dire, c'est là une question d'intention que les juges résolvent même par des présomptions, appropriées aux différents objets de ces clauses. Rien n'empêcherait d'ailleurs les contractants de modifier après coup leur détermination initiale, de rendre, par exemple, permanente une obligation tout d'abord provisoire. C'est ainsi que ne serait pas illicite la contre-lettre stipulant que la pension, fixée pour la durée de la séparation, continuera à être due par le mari dans le cas où sa femme reviendrait à lui ; une telle concession étant de nature à faciliter un rapprochement entre eux (2). De toute façon, même si elle ne devait pas persister au delà de ce terme, les arrérages dus à ce moment ne se trouveraient pas effacés de plein droit par cet événement, mais resteraient encore exigibles (3).

(1) v. Lord Bowen dans *Nicol v. Nicol*, 31 C. D. 529.
(2) *Webster v. Webster* (1853), 4 de G. M. & G. 437 C. A.
(3) *Macan v. Macan* (1900), 70 L. J. K. B. 90.

Ainsi, ni la séparation judiciaire, ni même parfois la réconciliation, n'auront pour conséquence la résolution du pacte ; la succession de l'un et de l'autre de ces événements ne sera pas à cet égard plus efficace (1).

Reste à bien préciser maintenant quels sont les éléments de la réconciliation. Bien que cette notion, à première vue, semble parfaitement claire, il n'est pas inutile d'en dégager le contenu. Le simple fait que les époux cesseront d'avoir une habitation séparée, ne sera pas suffisant pour la constituer, s'ils vivent ensemble dans une atmosphère de conflit, et, par suite, il n'entraînera pas à lui seul la résolution du contrat. Inversement ne sera pas non plus une réconciliation le rétablissement entre les conjoints de relations amicales, par exemple au moyen de lettres, s'il n'y a pas entre eux reprise de l'existence commune. Il faudra donc absolument que se trouvent réunies l'une et l'autre de ces conditions ; des rapprochements sexuels seulement accidentels n'étant pas de nature à satisfaire à la seconde (2).

* * *

Si nous jetons maintenant un regard d'ensemble sur l'exposé qui précède, nous apercevons combien dans son organisation, le système britannique diffère de celui qui reçoit application en Italie, combien surtout il laisse à la volonté des époux une autonomie plus large. Mais ce n'est pas ici le lieu de développer cette comparaison, ni d'en tirer des enseignements, puisque nous devrons reprendre plus loin cette étude, en vue de proposer aux jurisconsultes français un projet de reconnaissance de cette institution.

(1) *Negus v. Forster*, 46 L. T. 675 (*deed* attribuant à l'épouse 100 £ par an *dum casta*. La séparation dure 10 ans, puis prend fin par réconciliation ; 7 ans après, nouvelle rupture suivie d'un jugement de séparation accordant à la demanderesse 180 £ par an. Sur la réclamation du mari, il fut admis que la cohabitation n'avait pas eu pour conséquence d'annuler le pacte, mais qu'il devait encore recevoir application).

(2) HALSBURY, *op.* et *loc. cit.*, nº 930.

APPENDICE. — *La séparation par contrat en Ecosse et aux Etats-Unis.*

Nous venons d'exposer les règles de la séparation par contrat en Angleterre ; à ce sujet, il est du plus haut intérêt de noter que loin de se restreindre aux Iles Britanniques, l'application de ce système juridique est répandue à travers le monde tout entier, partout où les fils d'Albion ont apporté la « Common Law ». On doit en particulier remarquer qu'elle est demeurée en vigueur aux Etats-Unis, où, malgré l'Emancipation, les relations les plus étroites ont persisté sur le terrain du droit avec l'ancienne patrie (1).

Mais il n'est pas que dans les pays où règne la loi anglaise, que cette institution a pénétré, on la retrouve en effet en Ecosse, où, comme on le sait, est observée une « Common Law » complètement autonome. Alors que celle dont le domaine s'étend au sud des Monts Cheviot est absolument étrangère aux catégories romaines, celle qui régit le nord, comme les législations du continent, a pour fondement le droit de Justinien. Avant la rédaction du Code Napoléon elle était même très proche des

(1) v. SCHOULER, *Mariage, séparation and domestic relations* (6e éd. 1921) ; W. TIFFANY, *Persons and domestic relations* ; W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (4e éd. par G. CHASE, New-York, 1917).

Corpus Juris, A Complete and systematic statement of the whole body of the law, as embodied in and developed by all reported decisions (The American Law Book Co, 1922), vol. XXX, *Husband an Wife*, § 873.

La réglementation est très voisine :

— si la pension prévue par le contrat est régulièrement payée par le mari, il n'est pas tenu des dettes de sa femme pour ses *necessaries* (8 Johns 72).

— si aucune pension n'est prévue, ou si elle n'est pas régulièrement payée, la responsabilité pécuniaire du mari est alors engagée (12 Johns 248 ; 165 N. Y. 435 ; 134 Mass. 77).

— toute convention en vue d'une séparation future est nulle comme contraire à l'ordre public (72 Ct. 217 ; 110 App. Div. N. Y. 545).

— elle est pleinement valable au contraire si la séparation est immédiate (118 N. Y. 7 ; 82 Mc. 516 ; 233 Pa. 55).

— de même si elle concerne une séparation déjà accomplie (116 N. Y. 635 ; 186 Mass. 244).

— l'intervention d'un trustee n'est plus nécessaire (191 N. Y. 462 ; 43 N. J. Eq. 311 ; 131 Pa. 209).

Coutumes françaises (1). C'est d'ailleurs ce qui fait surtout son intérêt pour nous, car les objections, que l'on serait tenté de formuler contre l'introduction en France d'une conception purement anglo-saxonne, tombent lorsqu'on leur oppose l'exemple de l'Ecosse. Ainsi, en ce qui concerne plus spécialement l'organisation patrimoniale du ménage, on est surpris d'y reconnaître l'existence du régime de Communauté, appelé « Common stock », ou encore « Communio bonorum » (2). C'est donc bien la preuve que le « separation deed » n'est pas inséparable du système juridique très particulier où il s'est développé.

(1) v. F. P. Walton, *Les rapports entre le droit français et le droit écossais* (dans *Bulletin de la Société de Législ. comparée*, 1926, p. 225 s.).
Une lente assimilation s'opère cependant avec le droit anglais.

(2) v. G. J. Bell, *Principles of the Law of Scotland* (7e éd., par W. Guthrie, Edimbourg, 1876), nº 1546 et s.
F. Parker Walton, *Handbook of Husband and Wife according to the Law of Scotland* (2e éd., Edimbourg, 1922).
La validité du pacte fut d'abord mise en doute (*Drummond*, 1624, M. 6152 ; 2 Ill. 258) ; ensuite il fut décidé qu'il était révocable par la volonté d'un seul des contractants (*Livingstone*, Feb. 6, 1666, M. 6153 ; 2 Ill. 258 ; *E. of Argyle*, 1695, M. 6154) ; puis, qu'il était irrévocable lorsqu'il était fondé sur des motifs suffisants (*Shand*, 1832).

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN

La séparation volontaire dans la loi et dans les mœurs.

Le Code civil a apporté, comme on sait, au problème que nous étudions une solution négative, disposant dans son article 307 : « [La séparation de corps] ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux. »

Pourquoi le législateur a-t-il édicté cette règle prohibitive ? C'est la première question qu'il convient de poser à propos de ce texte, car sa nécessité est loin d'être évidente. Il n'est pas manifeste, en effet, qu'un accord de séparation soit par nature contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, puisqu'en définitive il ne s'agit que d'une modalité relative à l'obtention d'un état prévu par la loi. D'ailleurs c'est ce que prouve l'existence même de cette prohibition expresse, car si un tel contrat violait vraiment l'ordre public ou la morale, l'article 6 du Code civil suffirait à proclamer sa nullité. Si l'on se souvient, en outre, que les auteurs du Code avaient accueilli le principe du divorce par consentement mutuel, on reconnaîtra qu'une telle recherche ne manque pas d'intérêts ni d'utilité.

Quoiqu'il n'apparaisse pas fondé à l'évidence sur une idée morale ou sur un intérêt social impérieux, et qu'on en soit réduit à chercher dans la pensée de ses rédacteurs les motifs qui l'ont fait admettre, l'article 307 n'en est pas moins demeuré en vigueur depuis plus d'un siècle. N'est-ce pas là une confirmation de son caractère légitime ? Sans doute la durée est un cri-

tère de la valeur des lois, et souvent l'immutabilité d'un texte est révélatrice de son adéquation aux exigences de la conscience commune. Mais parfois cette immobilité ne traduit-elle pas, au contraire, la disparition de la vie du texte envisagé, car l'évolution est un signe essentiel de la durée des institutions ? Nous devrons donc, en deuxième lieu, examiner dans la pratique comment est observée la prescription du code, pour savoir si vraiment l'expression formelle de la loi correspond exactement aux mœurs.

A supposer toutefois qu'un usage opposé à la loi ait, en vérité, pris naissance et se soit développé, il ne suffirait pas pour qu'il prétende au rang de règle coutumière qu'il inspire couramment des actes juridiques ; il faudrait, en outre, que la règle écrite le condamnant cesse d'être sanctionnée devant les tribunaux. C'est là une hypothèse dont on pourrait citer plus d'une application sous le régime du code civil. Si donc l'examen direct des faits nous révèle la renaissance ou le maintien de la pratique des actes de séparation volontaire, dont nous avons suivi la formation dans notre ancien droit, il nous faudra pour déterminer sa portée, envisager à son sujet l'attitude de la jurisprudence.

En résumé, l'étude de la séparation volontaire en droit français contemporain nous conduira successivement sur trois plans différents : celui de l'expression formelle du droit par la volonté du législateur, celui des faits, révélateurs des aspirations communes du milieu social (1), et enfin celui des décisions de justice, intermédiaire entre les deux premiers, où s'élabore, grâce à la compénétration des faits et de la loi, le contenu vivant du droit positif.

(1) v. J. E. Labbé, *Préface* aux *Institutions juridiques des Romains* de Cuq, § 5, p. xv : « Les *mores* selon le sens donné à ce mot par les Romains et qui répond à ce qu'on a appelé la conscience juridique du peuple, ont plus de puissance que les lois ; *les mœurs sont la législation en travail d'enfantement.* »

CHAPITRE PREMIER

La Loi, sa justification théorique.

La prohibition des séparations volontaires, dont nous cherchons la justification cachée, ne serait-elle pas tout simplement une survivance de notre ancien droit ? Cette idée expliquerait à la fois l'introduction de la règle dans le code et sa persistance, malgré l'apparence arbitraire de son impérieuse formule.

Certes, le respect des traditions fonde à lui seul bien d'autres dispositions de nos lois, en sorte qu'il n'y a pas lieu de rejeter *a priori* une telle supposition. L'attachement des juristes aux précédents, pour la seule raison de leur antériorité, se manifeste encore devant les tribunaux avec une vivacité suffisante, pour qu'il n'y ait pas lieu de s'étonner, en retrouvant parfois cette même tendance chez le législateur. Cependant le rappel du système général de dissolution du mariage, dont faisait partie à l'origine l'article 307, ne permet guère d'attribuer à cette considération un caractère déterminant. Le principe d'indissolubilité, en effet, en fonction duquel tout l'ancien droit en cette matière avait été élaboré, même par les Parlements, était formellement repoussé en 1804, et toute l'institution matrimoniale construite sur des théories neuves. D'ailleurs la tradition qu'on tenterait d'invoquer était bien loin, nous l'avons vu, d'être aussi rigoureuse que le code ; à ce point que les recueils d'arrêts étaient remplis de décisions faisant échec à la prohibition. Cela pour les juridictions laïques. Quant aux Cours ecclésiastiques, demeurées compétentes presque jusqu'à la fin du XVIII^e^ siècle, en Flandre et en Belgique (provinces où le code allait recevoir application) elles validaient couramment les pactes de séparation amiable. Par conséquent s'il n'est pas impossible de voir dans la règle de l'article 307, dans une certaine mesure, un

retour au passé, l'influence de la tradition ne saurait à première vue suffire à expliquer sa présence dans nos lois.

Ainsi, tandis que, dans d'autres domaines, les rédacteurs du code continuaient l'œuvre accomplie par le droit coutumier, ici ils conservaient les principes révolutionnaires qui, en ressuscitant le divorce depuis des siècles disparu, avaient brisé nettement avec les précédents. On peut donc dire qu'il existe, en ce qui concerne la rupture de l'union conjugale, une solution de continuité entre notre ancien droit et la législation moderne. C'est pourquoi nous avons cru pouvoir sans inconvénients détacher tout-à-fait de l'exposition historique, cette étude du droit français contemporain.

Une autre conséquence de l'abandon des conceptions anciennes, c'est qu'il nous faut, pour comprendre la valeur des arguments fournis au sujet de la séparation, commencer par rappeler quel était le contenu de la notion juridique de mariage chez les auteurs du droit nouveau.

§ 1. — La conception du mariage chez les auteurs du Code civil

Lorsque fut entreprise la rédaction du code, deux conceptions très différentes s'offraient à la réflexion des jurisconsultes. D'une part, celle de l'ancien droit qui regardait le lien matrimonial comme un élément religieux, fondement de son caractère indissoluble, et dont la connaissance appartenait exclusivement aux Cours d'Eglise ; sous réserve de certaines manifestations temporelles, comme la séparation de corps, qui étaient revendiquées par les pouvoirs laïques. Et, d'autre part, celle des théoriciens du droit intermédiaire pour lesquels le mariage, ayant perdu tout élément surnaturel, n'était plus qu'un simple contrat résoluble *ad nutum* ; certains parlant à son sujet de louage de services.

Les législateurs de 1804 n'adoptèrent ni l'une ni l'autre de ces deux positions extrêmes. Ils rejetèrent complètement la notion mixte canonico-civile du droit ancien, en affirmant formellement que le mariage ressortit tout entier au pouvoir

séculier ; et d'autre part ils repoussèrent les principes excessifs du droit révolutionnaire. Si l'on pouvait parler de demi-mesure entre la perpétuité absolue et la dissolubilité du lien, on pourrait dire qu'en cette matière ils firent œuvre de transaction ; du moins leur conception apparaît-elle très éloignée de celle de la période intermédiaire.

L'examen des travaux préparatoires du code, au titre du divorce, révèle un vif souci de donner de l'union conjugale une analyse précise. Bien entendu, nous ne saurions trouver dans le procès-verbal des discussions et les discours que des opinions individuelles, car les différents corps ne furent pas appelés, sur cette question toute théorique, à déterminer par un vote la formule la plus représentative de la pensée commune. Portalis dans un rapport présenté le 14 vendémiaire an X (6 octobre 1801) fit le procès de l'assimilation du mariage à un simple contrat : « Le mariage, dit-on, est un contrat. Oui dans sa « forme extérieure, il est de la même nature que les autres « contrats, mais il n'est plus un contrat ordinaire quand on « l'envisage en lui-même dans son principe et dans ses effets. « Serait-on libre de stipuler un terme à la durée de ce contrat, « qui est essentiellement perpétuel puisqu'il a pour objet de « perpétuer l'espèce humaine ? Le législateur rougirait d'au- « toriser expressément une pareille stipulation, il frémirait si « elle était présentée... Le mariage a encore un autre caractère : « il ne subsiste pas pour les époux seuls, il subsiste pour la « société, pour les enfants ; il établit une famille... (1) ». La même critique devait être reprise, mais sous une forme passionnée, par le tribun Carion-Nisas au cours d'un véritable réquisitoire qu'il prononça contre le divorce : « Sans cette moderne « et funeste habitude, concluait-il, de comparer éternellement les « choses morales aux choses physiques, les choses élevées aux « choses viles, nous regarderions comme une espèce de blasphème « cette opinion absurde et injurieuse, qui ose assimiler la société « conjugale aux sociétés ordinaires qui se forment parmi les « hommes, et aux contrats vulgaires qui les lient (2). » Néan-

(1) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil* (1836), t. IX (t. 4 des *Discussions, motifs, rapports et discours*), p. 255
(2) Fenet, *op. cit.*, p. 512 (28 ventôse, an XI-19 mars 1803).

moins c'est à l'idée de contrat, qu'à défaut d'une notion plus satisfaisante, se rattachèrent les autres orateurs ; mais en ayant bien soin de préciser les caractères particuliers qui opposent cet accord aux conventions du droit commun. Et au fond, c'est à cette thèse que semble bien se rallier Portalis lorsqu'il déclare que le mariage n'est pas un « contrat ordinaire ».

C'est Treilhard, dans l'exposé des motifs qu'il fit au Corps Législatif le 19 ventôse an XI (10 mars 1803), qui exprima le plus nettement l'aspect positif de cette conception : « Le ma-« riage comme tous les autres contrats, ne peut se former sans « le consentement des parties, ce consentement en est la pre-« mière condition, la condition la plus impérieusement exigée ; « sans ce consentement il n'y a pas de mariage. On ne doit « pas cependant confondre le contrat de mariage avec une « foule d'autres actes, qui tirent aussi leur existence du consen-« tement des parties, mais qui, n'intéressant qu'elles, peuvent « se dissoudre par une volonté contraire à celle qui les a formés. « Le mariage n'intéresse pas seulement les époux qui contrac-« tent, il forme un lien entre deux familles, et il crée dans la « Société une famille nouvelle qui peut elle-même devenir la tige « de plusieurs autres familles ; le citoyen qui se marie devient « époux, il deviendra père, ainsi s'établissent de nouveaux rap-« ports que les époux ne sont plus libres de rompre par leur « seule volonté. » Et il concluait, marquant bien la complexité des intérêts mis en jeu par cet acte : « La question du divorce « doit donc être examinée dans les rapports des époux entre eux, « dans leurs rapports avec les enfants, dans leurs rapports avec « la Société (1). »

Bigot-Préameneu et Cambacérès adoptèrent, quant aux principes, une position semblable (2).

Enfin Tronchet marqua vigoureusement l'importance de

(1) FENET, *op. cit.*, p. 472.

(2) *Bigot-Préameneu* : « Le contrat de mariage n'appartenant pas aux époux seuls, ne peut pas être détruit par eux : les enfans, la société, y sont parties intéressées. » (FENET, *op. cit.*, p. 271).

Cambacérès : « Le mariage est un contrat dans lequel les enfants sont des tiers intéressés ; or s'il est vrai de dire que la convention peut être annulée par la volonté de ceux qui l'ont formée, il est également vrai de dire qu'elle doit subsister si, en la détruisant, l'on préjudicie à des tiers... » (FENET, *op. cit.*, p. 274.)

l'élément social contenu dans le mariage, dont les orateurs précédents ne reconnurent pas toujours la portée. « Le principe « fondamental du contrat de mariage, disait-il, principe avoué « par tous, et même par ceux qui ont poussé le plus loin l'abus « du divorce, est que le mariage est le plus saint des engage- « ments, parce qu'il tient à l'harmonie sociale ; qu'il forme les « familles particulières, dont se compose la grande famille de « l'Etat ; qu'il est le conservateur des mœurs... De là cette « intervention de l'officier public, qui, en même temps qu'il « annonce aux époux les obligations auxquelles ils se soumet- « tent, sanctionne le contrat au nom de la Société... Peut-être « même devrait-il être indissoluble. Il ne s'agit point ici des « maximes religieuses : la loi civile qui ne régit point la cons- « cience, peut cependant établir tout ce que réclame l'intérêt « public ; et sous ce rapport son pouvoir va jusqu'à restreindre « la liberté individuelle. Elle peut du moins rendre le divorce « difficile : il y a plus, elle le doit (1). »

En somme pour ces jurisconsultes, dont par ailleurs l'opinion ne fut pas toujours unanime sur les conséquences à déduire des prémisses, le mariage est un contrat *sui generis*, fondé comme les autres conventions sur le consentement des parties ; mais qui doit en principe être perpétuel ou stable, à raison de la participation à ses effets des enfants, dont la procréation est son but, et de la Société dont il assure le développement et l'ordre par la formation des familles.

§ 2. — Le consentement mutuel est admis par le code comme mode d'obtention du divorce : l'article 233, sa justification.

La reconnaissance du divorce, comme mode légitime de dissolution du lien créé par le mariage, ne devait pas trouver dans cette conception un obstacle absolu, mais seulement un empêchement relatif à sa conclusion par la volonté arbitraire de l'un ou des deux époux.

(1) FENET, *op. cit.*, pp. 281, 282.

C'est à Treilhard que nous devons la justification la plus systématique de cette institution, ayant pour point de départ l'analyse du mariage que nous venons de rappeler. L'union conjugale n'ayant pas seulement pour parties les époux, mais encore les enfants et la Société, il examine successivement la question du divorce au regard de ces divers intéressés ; et cette question il la pose dans les termes suivants : « [Le divorce] « doit-il être politiquement préféré à la séparation ? (1) ». Il est évident, en effet, étant donnés « la légèreté des esprits, la per- « versité des cœurs, la violence des passions [et] la corruption « des mœurs » que l'une au moins de ces deux mesures est indispensable, et qu' « il ne nous reste plus que le choix du remède « à appliquer au mal que nous ne saurions extirper ». Et tout d'abord à l'égard des conjoints eux-mêmes « il est bien démontré « que le divorce est pour eux préférable à la séparation. » « L'im- « possibilité de former un nouveau lien les expose (nous dit-il) « à toutes les espèces de séduction ;... il faut pour résister à des « dangers si pressans un effort peu commun, et dont peu de « personnes sont capables et... l'interdiction d'un lien légitime « a souvent plongé sans retour, nombre de victimes dans les « mauvaises mœurs. » Le tableau qu'il trace de la séparation est, en effet, fort peu encourageant : « chacun des deux époux, « isolé, en proie aux regrets, quelquefois aux remords, éprou- « vant le désir bien naturel de remplir le vide affreux qui l'en- « vironne, et cependant sans espoir de former une union qu'il « pourra avouer, forcé en quelque manière de courir après les « distractions par le besoin pressant de se fuir lui-même, se « trouve insensiblement entraîné dans la dissipation, et dans « tous les désordres qu'elle mène à sa suite. » A l'objection tirée d'une réconciliation possible il réplique : « qu'il n'y a presque « pas d'exemples de réunions entre deux époux séparés, et que « ces réunions furent quelquefois plus scandaleuses que la « séparation même... » Mais à l'égard des enfants il semble bien que la séparation soit une solution meilleure. Point du tout, répond-il, car « l'affection des pères se soutiendra bien plus

(1) Cette citation et les suivantes sont empruntées au discours prononcé devant le Corps Législatif le 19 ventôse an XI. (Fenet, *op. cit.*, p. 468 et s.).

« sûrement dans la sainteté d'un nœud légitime, que dans les « désordres d'une liaison illicite..., le véritable intérêt des « enfants est de voir les auteurs de leurs jours heureux, dignes « d'estime et de respect, et non pas de les trouver isolés, tristes, « éprouvant un vide insupportable, ou comblant ce vide par « des jouissances qui ne sont jamais sans amertume, parce « qu'elles ne sont jamais sans remords. » Enfin « quant à la « Société, il est hors de doute que son intérêt réclame le di- « vorce, parce que les époux pourront contracter dans la suite « de nouvelles unions. »

* * *

Le principe du divorce étant admis pour ces motifs, se posait la question de son organisation. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude d'exposer le système primitif du code dans son ensemble. Si nous sommes amené à parler de cette institution, ce n'est qu'incidemment et parce qu'il est indispensable, pour comprendre la portée de l'article 307, de connaître les arguments qui ont entraîné en 1804 l'adoption du divorce par consentement mutuel.

L'ancien article 233 du code civil, qui resta en vigueur jusqu'à la loi du 8 mai 1816, exprimait en effet, concernant le divorce, un principe opposé à celui édicté en matière de séparation. Il était ainsi rédigé : « Le consentement mutuel et per- « sévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, « sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, « prouvera suffisamment que la vie commune leur est insuppor- « table, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremp- « toire de divorce. »

Ce n'est pas sans des résistances que cette disposition fut insérée dans le projet : Portalis, Bigot-Préameneu et Malleville se refusèrent de la façon la plus catégorique à l'approuver (1).

(1) Séance du 14 vendémiaire, an X. (FENET, *op. cit.*, p. 248, s.). Malleville, 14 vendémiaire, an X. (FENET, *op. cit.*, p. 268) : « ...Pourquoi à Rome, quand les divorces étaient si communs, fut-on obligé de faire des lois pour forcer les citoyens à se marier ? Pourquoi l'Angleterre après avoir autorisé le divorce pour cinq causes, l'a-t-elle réduit au seul adultère ? Pourquoi, depuis que nous avons le divorce, y a-t-il tant de

Certains ont voulu voir dans son admission l'effet de la volonté du Premier Consul, qui aurait dès ce moment prévu qu'il devrait bientôt l'invoquer pour son propre compte. Il est certain que Bonaparte est intervenu activement dans le débat, mais il n'apparaît pas cependant, à la lecture des procès-verbaux, que son influence ait été vraiment déterminante (1). Toujours est-il que des arguments très sérieux furent présentés pour la justifier.

Une première considération, qui fut exprimée avec une vigueur toute particulière dans les Observations de la Cour de Cassation, consista à invoquer l'impossibilité où se trouve le législateur d'enfermer dans des catégories étroites et limitées les causes légitimes du divorce : « L'objet direct du divorce est de « remédier aux malheurs domestiques et insupportables des « époux. Or, on sait que ces malheurs tiennent le plus souvent, « non à des faits précis qu'on puisse articuler et prouver, mais « à une suite de procédés amers, de contrariétés irritantes, de « traitements hostiles, d'oppositions de goûts et d'humeurs, de « passions inconciliables. Vivez quelques jours dans toutes les « maisons que la discorde déchire et que la haine habite, vous y « verrez ou un époux hypocrite qui comble sa compagne d'é- « gards extérieurs sous les yeux des étrangers, et qui lui distille « le fiel en particulier ; ou une épouse artificieuse, qui masque « ses vices sous le voile de la décence publique, souvent même « sous celui d'une fausse tendresse, et qui déchire d'autant plus « cruellement le cœur d'un mari estimable, qu'elle sait lui ôter

mariages annulés, quoique les mœurs n'en soient pas devenues meilleures, ni les mariages qui restent plus heureux ? Pourquoi y a-t-il cent fois plus de divorces qu'il n'y avait autrefois de séparations ?

« Comment après cette *expérience de tous les temps et de tous les pays*, pourrait-on croire à la justice de tous les raisonnements qui se font en faveur du divorce, et spécialement pour conserver les motifs d'incompatibilité d'humeur et de consentement mutuel. Comment se persuader qu'ils contribuent, en effet, au bonheur des mariages, à la population et à la pureté des mœurs ? »

(1) Dans la séance du 6 nivôse, an X (27 décembre 1801), Bonaparte donna d'ailleurs son adhésion à une proposition fort intéressante, qui faisait du divorce par consentement mutuel une véritable transaction ; il déclarait en propres termes : « il ne faut pas que les époux, au moment où ils s'unissent, prévoient qu'il existe pour eux un moyen de rompre leurs liens. Le mariage ne doit être dissout que par l'effet d'un délit. La procédure commence pour ce délit, et ensuite le consentement mutuel intervient comme conciliation entre les parties... » (Fenet, *op. cit.*, p. 386.)

« le droit de se plaindre. La contestation la plus outrageante, « la plus vive querelle, n'attend pour recommencer que le « moment où les témoins sont écartés... Voilà les maux réels « et fréquents des mariages infortunés. Où est le fait qu'un « mari, qu'une femme puissent poser ? où est celui qu'il peu- « vent prouver ? où est celui qu'on peut juger ? Réduire à des « faits précis les causes de la séparation et du divorce qu'on y « attache, c'est donc le plus souvent ne rien faire (1)... »

Une seconde considération qui fut, semble-t-il, encore plus décisive, résida dans l'intérêt qu'ont les époux, et surtout leurs enfants, d'éviter la publicité scandaleuse d'un procès, avec le déshonneur, sinon même les poursuites pénales qui s'ensuivent. Cette idée fut développée par Treilhard au cours de son rapport déjà cité : « Citoyens législateurs, parmi les causes détermi- « nées de divorce, il en est quelques-unes d'une telle gravité, « qui peuvent entraîner de si funestes conséquences pour l'époux « défendeur (telles, par exemple, que les attentats à la vie) que « des êtres doués d'une excessive délicatesse préfèreraient les « tourmens les plus cruels, la mort même, au malheur de faire « éclater ces causes par des plaintes judiciaires. Ne convenait-il « pas, pour la sûreté des époux, pour l'honneur des familles « toujours compromis, quoiqu'on puisse dire, dans ces fatales « occasions, pour l'intérêt même de toute la Société, de ne pas « forcer une publicité non moins amère pour l'innocent que « pour le coupable ? Faudrait-il aussi, toujours et nécessaire- « ment, pour terminer le supplice d'un mari infortuné, le con- « traindre à exposer au grand jour des torts qui l'ont blessé « cruellement dans ses plus douces affections ; et dont la publi- « cité le vouera cependant encore à la malignité publique (2) ? » L'intérêt des enfants dans cette circonstance n'était pas méconnu par l'orateur, qui concluait ainsi sa démonstration : « Quel intérêt peuvent-ils avoir plus pressant que celui de sauver « d'un éclat fâcheux le nom qu'ils doivent porter dans le monde, « pour ne pas y entrer sous de fâcheux auspices. »

Le divorce par consentement mutuel n'était donc, dans la

(1) Dans Locré, *Esprit du Code Napoléon* (Paris, 1807), t. IV, p. 180.
(2) Fenet, *op. cit.*, p. 479.

pensée de ses partisans, aucunement destiné à rendre plus facile la dissolution du mariage. Il ne devait être obtenu, comme dans la procédure judiciaire, « que pour des causes graves et réelles (1) » mais gardées secrètes au lieu d'être livrées à la publicité d'un procès. Aussi bien les objections qui furent émises, en dehors de certaines oppositions systématiques comme celle de Portalis, visèrent-elles bien moins son principe que l'impossibilité d'une réalisation sincère de ses conditions. C'est la crainte d'abus inévitables qui dicta l'attitude de la plupart des opposants. Cambacérès prétendit que ce moyen servirait à « opérer un « divorce fictif, dont l'objet réel serait de changer les conven- « tions matrimoniales (2) » ; et pour cela il proposait « de dé- « clarer les époux qui en auraient usé, incapables de contracter « ensemble un mariage nouveau. » Tronchet alléguait que le consentement ne serait pas libre, mais « toujours forcé de l'un « des deux côtés. L'époux qui voudra arriver au divorce (disait- « il) aura toujours une foule de moyens pour rendre la vie in- « supportable à l'autre, ou il emploiera les menaces pour déter- « miner un consentement, que l'autre époux refuserait s'il pou- « vait le refuser sans danger (3). »

La règlementation qui fut adoptée tint compte de ces objections, et sa sévérité se révéla satisfaisante, puisqu'elle est demeurée en vigueur en Belgique. Il ne faudrait pas croire que le divorce par consentement mutuel n'ait exigé pour sa formation que le seul consentement des époux ; une telle conception aurait été contraire à la notion reçue concernant la nature du mariage, Puisque non seulement les conjoints, mais les enfants, la Société. et même les ascendants dont la volonté a concouru avec la leur lors de sa conclusion, sont parties à cette convention, il faut en principe pour sa résolution que se produise en sens inverse l'accord desdites parties. C'est là selon Locré l'*esprit* de l'ar-

(1) *Le Premier Consul* : « ... le mariage ayant été formé sous l'autorisation des familles, on pourrait exiger cette même autorisation pour le dissoudre, par consentement mutuel, afin qu'il ne fût rompu que de la même manière qu'il a été contracté. Cette condition... serait une garantie que le mariage ne serait dissous que pour des causes graves et réelles... » (Séance du 14 vendémiaire, an X. FENET, *op. cit.*, p. 271).

(2) Séance du 14 vendémiaire, an X. (FENET, *cod. loc.*).

(3) Séance du 16 vendémiaire, an X. (FENET, *op. cit.*, p. 283.)

ticle 233 (1). Sans vouloir insister sur sa traduction dans la *lettre* des articles 275 et suivants, qu'il nous suffise d'énumérer les précautions qui furent prévues pour en éviter les abus : des délais, des épreuves, des rapprochements, les réitérations de la demande, les exhortations du magistrat, le consentement des ascendants, le donner acte du tribunal sans qu'il puisse d'ailleurs vérifier autre chose que l'observation par les époux de toutes les formalités prévues par la loi, et enfin l'abandon immédiat par eux de la moitié de leurs biens à leurs enfants. Cette dernière mesure, d'une grande efficacité pour empêcher les ruptures capricieuses ou fictives, sauvegarderait les intérêts, à la fois moraux et pécuniaires, de ces derniers sans faire intervenir leur consentement qui eût été choquant et inopérant.

§ 3. — Le consentement mutuel est rejeté en matière de séparation : l'article 307, sa justification.

La séparation de corps avait été abolie par la législation révolutionnaire (2). Lors de la rédaction du code se posa donc la question de savoir, s'il convenait de la rétablir dans la loi pour l'adjoindre au divorce. On sait déjà, par les paroles de Treilhard que nous avons citées, que cette mesure était jugée indésirable

(1) Locré, *op. cit.*, pp. 230 et s.

(2) Un premier projet avait été présenté à l'Assemblée nationale le 5 août 1790, par Gossin, ainsi conçu : « Les époux séparés actuellement de corps en justice, ou qui seront séparés à l'avenir... seront libres de former de nouveaux liens. » — Il fit l'objet d'une longue justification dont nous détachons les passages suivants. — L'orateur après avoir qualifié la séparation de corps d' « usage gothique » s'écriait :

« Oui, Messieurs, je tiens que c'est un attentat à la liberté de l'homme que de lui dire : je te défends de vivre avec la femme que tu as épousée, et je te défends d'en épouser une autre... Ah ! pour admettre une telle loi, il faudrait anéantir la Déclaration des Droits de l'Homme, etc...

« Eh ! quoi, Messieurs, partout où vous aurez trouvé des fers, vous les aurez brisés ! Partout où vous aurez vu des larmes, vous les aurez taries ! Les diverses victimes des anciens abus sont libres et heureuses, et les victimes de l'abus conjugal n'ont pas encore fixé vos regards ! Quand la philosophie vous les montre depuis si longtemps, quand la voix publique appelle sur elle votre pitié, quand cinquante ouvrages, tous les journaux, tous les cercles réclament pour elles votre justice ! etc...

« Je vous en conjure donc, assurez à jamais la liberté individuelle de

par certains ; une rupture définitive était préférée au simple relâchement du lien, dans l'intérêt à la fois des conjoints, de leurs enfants et de la Société (1). Le grief essentiel qui était articulé contre elle, consistait dans l'affirmation que les époux séparés sont conduits presque fatalement à une existence immorale. Ce reproche était repris, notamment, par le Premier Consul au cours de la discussion du 16 vendémiaire an X (8 octobre 1801), dans les termes suivants : « Voyez l'inconvénient des « séparations. Les deux époux se livrent au libertinage,la famille

l'homme..., voyez que d'avantages en résulteront ! Un grand point de morale consacré, un grand préjugé détruit, tant de haines, de scandales, de désordres, de crimes même épargnés à la société ; tant d'individus des deux sexes rendus à la liberté, au bonheur et à la vertu ; tant d'enfants soustraits à une mauvaise éducation, à la perte de leur patrimoine ; les mariages plus nombreux, plus féconds ; les bonnes mœurs rétablies, et surtout, les droits de l'homme respectés dans un état auquel sont appelés tous les hommes. » (*Arch. Parlementaires*, 1re série, t. XVII, p. 617.)

En dépit de cette éloquente adjuration, l'Assemblée, pressée par d'autres tâches, n'eut pas le loisir de délibérer sur la motion présentée.

La réforme attendit la loi du 20 septembre 1792, qui fut justifiée par Aubert-Dubayet dans la séance du 30 août 1792, par une déclaration dont nous détachons les paroles suivantes : « Notre ancien droit permet la séparation, *loi barbare* qui laisse subsister le lien du mariage sans qu'on puisse remplir l'engagement principal sur lequel est fondé le contrat, loi qui voue une femme vertueuse au malheur ou qui lui commande l'adultère... Je sais que les âmes timorées se récrieront encore contre cette loi ; respectons leur croyance, qu'elles restent dans les liens qu'elles croient indissolubles ; pour nous, ne craignons pas de déplaire par cet acte de sévérité, à un Dieu qui nous créa tous pour le *bonheur*. Loin de rompre ainsi les nœuds de l'hyménée, vous les resserrerez davantage ; dès que le divorce sera permis, il sera très rare. » (*Moniteur Universel*, 1er septembre 1792.)

Les dispositions intéressantes de la loi étaient les suivantes :

« Art. 5. — Les époux maintenant séparés de corps par jugement exécuté ou en dernier ressort, auront mutuellement la faculté de faire prononcer leur divorce.

« Art. 6. — Toutes demandes et instances en séparation de corps non jugées sont éteintes et abolies ; chacune des parties paye ses frais. Les jugements de séparation non exécutés, ou attaqués par l'appel, demeurent comme non avenus ; le tout sauf aux époux à recourir à la voie du divorce, aux termes de la présente loi.

« Art. 7. — *A l'avenir aucune séparation de corps ne pourra être prononcée, les époux ne pourront être désunis que par le divorce.*

Cf. P. Damas, *Les origines du divorce en France. Etude historique sur a loi du 20 septembre* 1792 (Thèse Bordeaux, 1897).

O. Martin, *La Crise du Mariage pendant la Révolution* (Thèse Paris, 1901.)

(1) C'était le sentiment de Berlier qui présenta la séparation de corps indéfinie comme une institution contraire au vœu de la nature et à l'intérêt social, en condamnant les deux époux à un perpétuel célibat. (Séance du 16 vendémiaire an X, Fenet, *op. cit.*, p. 281).

« est dissoute, les biens sont mangés. Ainsi les bonnes mœurs « et l'intérêt des enfants réclament le divorce... On oppose les « bonnes mœurs ; il n'y a de bonnes mœurs qu'à maintenir les « bons mariages. Je le répète, les lois sont faites pour les mœurs... « Les avocats de l'indissolubilité marchent toujours à leur but, « sans considérer les besoins de la société... On cède à des pré- « jugés religieux et non aux lumières de la raison (1). »

Le premier projet de Code civil ne faisait pas place à la séparation de corps ; il n'admettait que le divorce. C'est sur la demande des tribunaux d'appel qui furent invités à présenter sur lui leurs observations, qu'elle fut réintroduite dans la loi (2). Bien que Malleville au cours des discussions qui suivirent, eût tenté de la réhabiliter en montrant la possibilité qu'elle laisse d'une réconciliation (3), son adoption ne fut due en aucune façon à ses avantages propres, mais uniquement à la nécessité de respecter les croyances religieuses des catholiques. Ainsi s'explique la pauvreté des travaux préparatoires à son sujet. Tandis que le divorce fut l'objet de très longs débats en vue de fixer sa réglementation, c'est à peine s'il fut question de celle de la séparation. Et ce serait une grave erreur de voir dans cette attitude le résultat d'une connaissance très sûre des précédents qui rendit inutile tout nouvel examen. Les idées, en effet, étaient des plus confuses à son sujet, et même tout à fait inexactes.

Puisque l'intention avouée du législateur était de donner en cette matière satisfaction aux catholiques, il eût semblé naturel de sa part de transporter dans le code les règles consacrées par la tradition canonique ; tout au moins de les découvrir et de les soumettre à une étude critique avant que de décider. Or que

(1) Dans *Mémoires de M. Thibaudeau sur le Consulat*, p. 447.

(2) V. notamment dans FENET, t. V et VI, les observations des tribunaux d'appel de Montpellier, Nancy, Nîmes, Orléans et Toulouse ; celui de Riom demandait en outre la suppression du divorce. Par contre ceux d'Ajaccio, Aix, Colmar et Liège acquiescèrent purement et simplement au projet. Les autres proposaient des modifications aux textes concernant le divorce.

(3) Séance du 16 vendémiaire, an X : « La séparation de corps laisse une porte ouverte à la réconciliation : Une rencontre fortuite, l'isolement où se trouvent des époux habitués à vivre ensemble, la réflexion qui met à leur place des torts que les passions avaient exagérés, l'aspect surtout des enfants communs, peuvent faire répandre autour d'eux les pleurs du repentir et ceux de la clémence. » (FENET, *op. cit.*, p. 296.)

lisons-nous dans les procès-verbaux des séances ? Le 26 vendémiaire an X : « M. Roederer observe que la séparation de corps « est proposée en faveur des catholiques, qu'en conséquence il « convient d'examiner d'abord si leur croyance l'admet dans le « cas d'adultère. L'affirmative est très douteuse, on ne voit pas que la religion catholique ait autorisé la séparation de corps « pour cette cause, elle n'a avoué que la procédure criminelle « qui a lieu alors et le séquestre de la femme condamnée, lequel « amène une séparation de fait (1). » Déjà Bonaparte avait demandé : « Si sous l'ancienne législation l'adultère donnait « lieu à la séparation de corps. » Et Tronchet avait fait cette réponse : « Que le mari ne pouvait en ce cas demander la sépa- « ration de corps, parce que cette action lui était absolument « interdite ; mais qu'il avait un moyen équivalent... ; le mari « poursuivait sa femme au criminel, et la faisait condamner à « une réclusion perpétuelle ; ce qui produisait une séparation « de fait, dont les effets étaient les mêmes que ceux de la sépa- « ration judiciaire et directe (2). »

Evidemment après de telles déclarations, on ne saurait être étonné que ces jurisconsultes aient ignoré les règles dégagées par la jurisprudence des Officialités après des siècles de pratique, et spécialement la reconnaissance de la séparation consensuelle.

Alors que le divorce par consentement mutuel fut discuté avec un intérêt passionné, la question ne fut pas même débattue de savoir si la séparation pourrait être obtenue par le même moyen (3). La prohibition de l'article 307 fut insérée dans le projet sans protestation, ni justification. Pourtant devant le Tribunat, Carion-Nisas, dans son discours du 27 ventôse an XI (19 mars 1803), consacré tout entier à la démonstration éloquente du caractère néfaste du divorce, mit en lumière la contradiction des articles 233 et 307.

« Je soutiens que les catholiques, déclarait-il, ou enfin les

(1) Fenet, *op. cit.*, p. 333.
(2) Fenet, *op. cit.*, p. 331.
(3) Le Premier Consul proposa cependant le 24 vendémiaire, an X, d'admettre la séparation par consentement mutuel, mais convertible au bout de trois ans en divorce ; la proposition resta sans suite (Fenet, *op. cit.*, p. 325).

« sectateurs, quels qu'ils soient, de l'indissolubilité, sont traités « par votre loi avec une rigueur qui n'existe pas pour les autres « Français ; vous organisez pour eux la séparation, mais vous « avez soin de dire qu'elle ne pourra avoir lieu que pour cause « déterminée, et jamais par le consentement mutuel des époux... « Ainsi tandis que la voie du consentement mutuel, voie douce, « selon vous et humaine, sur laquelle vous vous étendez avec « complaisance, que vous assurez qu'on préfèrera, est ouverte « aux autres citoyens, elle reste fermée à tout catholique, qui « selon l'expression de l'orateur du Gouvernement, ne voudra « pas fausser sa croyance... » Et plus loin il continuait ainsi sa critique : « Quel étrange bienfait que cette séparation que les « catholiques les plus probes ne pourront acheter qu'en se dif- « famant, en se calomniant publiquement, tandis que les autres « citoyens l'obtiendront, sous le nom de divorce, par des voies « qui ménagent la pudeur, la délicatesse, qui laissent un voile « officieux sur les arcanes de la vie intime. » Il concluait enfin par cette proposition dichotomique : « Sans revenir sur le mé- « rite intrinsèque du divorce en général, ou du consentement « mutuel en particulier, il est incontestable que si le consente- « ment mutuel est bon pour le divorce, il doit l'être pour la « séparation ; que s'il est mauvais pour celui-ci, il doit l'être « pour l'autre : toute réponse évasive sur ce point tourne évi- « demment dans un cercle vicieux (1). »

La question étant ainsi soulevée, il fallut bien fournir un fondement rationnel à cette opposition des deux textes. Trois jours après, le 30 ventôse, la règle prohibitive des séparations volontaires trouvait un défenseur devant le Corps Législatif dans la personne du Tribun Gillet.

Evoquant les critiques de Carion-Nisas, il prétendit montrer pour quels motifs il n'y avait pas lieu de s'y arrêter. Malgré la longueur de la citation, nous croyons nécessaire de reproduire son argumentation : « Ils sont puisés d'abord [les motifs] dans « la nature même des choses ; car après tout, deux époux qui « consentent mutuellement à se séparer ne peuvent-ils pas le « faire sans l'intervention de la loi ? Ils n'y trouvent aucun

(1) FENET, *op. cit.*, pp. 532-533.

« obstacle dans l'autorité publique, à moins que des règlemens « notoires n'appellent sur eux la surveillance. Des formes au- « thentiques n'ajouteraient donc rien aux effets d'une telle « séparation, sinon d'opérer aussi la séparation de biens. Or, « il est aisé de voir que le consentement mutuel ainsi appliqué « deviendrait, envers des créanciers, une trop facile occasion de « fraude.

« Ensuite, en considérant la séparation sous le rapport des « idées religieuses, on sait que ces idées ont leurs règles qui les « dirigent, et que ces règles ne comprennent point le consente- « ment mutuel parmi les causes qui légitiment au fond des « âmes la rupture de la société conjugale. Ce n'est donc point « gêner les consciences, c'est respecter au contraire tous leurs « scrupules, que de laisser subsister dans la loi les limites qu'elles « reconnaissent elles-mêmes à leur propre indépendance.

« Enfin, la séparation de biens par consentement mutuel « deviendrait infiniment plus abusive que le divorce même, « parce que dans la pratique elle serait incompatible avec les « mêmes restrictions.

« En effet, tant que les époux ne feraient que déroger aux « clauses principales de leur contrat, sans dissoudre le contrat « lui-même, il serait déraisonnable d'exiger d'eux ces conditions « d'âge, et ce consentement des ascendans qui ajoute tant de « poids à leur volonté, lorsqu'elle a le divorce pour objet.

« Il serait également déraisonnable que deux époux, qui « conservent encore tous leurs droits de famille, fussent forcés « d'abandonner une partie de leurs propriétés à leurs enfants ; « et, par cette seule différence, le consentement mutuel intro- « duit dans le système de la séparation de corps, y perdrait « cette garantie principale qui en écarte les inconvénients et « les abus dans le système du divorce.

« Il serait surtout déraisonnable d'interdire à ces époux la « faculté de se réunir, puisque c'est cet espoir qui fait encore « subsister le lien. Ainsi ils pourraient se jouer sans pudeur « de la société qu'ils ont formée, la quitter et la reprendre au « gré de leurs fantaisies ; insultant également à la dignité du « mariage par le scandale de leurs divisions, par les désordres « de leur isolement, et par l'avilissement qui accompagnerait

« leur réconciliation même : tandis qu'au contraire le divorce, « soumis aux sages conditions que le projet de loi lui impose, « rend une seconde union impossible entre ces mêmes époux ; « et tous deux, prêts à consommer leur rupture, sont encore « arrêtés par cette idée qu'une telle rupture est irrévocable, « et que leur adieu mutuel est un adieu pour toujours.

« Mais ce qui est digne surtout de considération, c'est qu'une « certaine force de l'opinion publique et la salutaire influence « des idées religieuses sont encore, pour un grand nombre, un « contre-poids qui leur fait supporter la société conjugale, « plutôt que de recourir au divorce, par lequel ils pourraient la « dissoudre. Au contraire la séparation de corps, qui concilie- « rait tout à la fois les honneurs du mariage avec l'attrait d'une « vie indépendante, qui laisserait subsister tous les droits d'é- « pouse sans imposer d'autres devoirs envers le mari que celui « de porter son nom ; qui permettrait de tirer vanité de la « fidélité religieuse, lors même qu'il n'y aurait plus de fidélité « conjugale ; la séparation, dis-je, deviendrait bientôt une « mode perverse dont le torrent entraînerait tout ce qui est sur « le penchant de la licence (1). »

Treilhard, de son côté, crut devoir s'expliquer dans un second discours devant le Corps Législatif, sur cette question qu'il n'avait pas même indiquée dans son premier rapport ; déclarant d'ailleurs qu'il se dispenserait de répondre à l'objection, « si on « ne la présentait pas comme une espèce d'inconséquence dans « le projet. » Dans cet essai de justification tardif, et qui dénote l'embarras qu'il avait tout d'abord éprouvé, il se place uniquement sur le terrain des incidences pratiques. Après avoir rappelé que dans la procédure du divorce consensuel, « lente, longue, « embarrassée de difficultés et de sacrifices », tout est calculé pour en éviter les abus, il s'efforce de démontrer, et c'est là son seul argument, que de telles précautions sont incompatibles avec la séparation dont l'objet est tout différent, et que par conséquent, si elle était possible par consentement mutuel, elle n'offrirait aucune garantie à l'encontre des mêmes abus (2).

(1) Fenet, *op. cit.*, pp. 553 à 555.

(2) « Le divorce rompt le lien conjugal. Il a donc fallu soumettre une action de cette importance à une procédure lente, longue, embarrassée

En résumé les raisons qui ont été invoquées lors de la discussion du code pour *défendre* la règle de l'article 307 peuvent se traduire, dégagées de leur tour oratoire, dans les quatre propositions suivantes :

1° Une disposition légale est inutile pour autoriser la séparation volontaire, parce que rien n'empêche en fait les époux de s'entendre pour vivre séparés.

2° L'intérêt des créanciers s'oppose à ce qu'une telle situation de fait puisse être transformée en séparation judiciaire consensuelle, parce que cette décision, qui entraînerait *ipso facto* séparation de biens sans qu'ils soient appelés à intervenir, pourrait être obtenue en fraude de leurs droits.

3° Le but même de la loi, qui est, en rétablissant la séparation, d'assurer le respect des croyances religieuses, s'oppose à l'admission d'une règle qui était repoussée par la législation canonique.

4° L'intérêt de la moralité publique s'oppose ici à l'admission du consentement mutuel parce que les restrictions, possibles en matière de divorce pour en empêcher les abus, sont incompatibles avec l'objet de la séparation, et qu'ainsi cette institution ne tarderait pas à donner lieu à une mode licencieuse et perverse, surtout qu'on hésiterait moins à recourir à elle qu'au divorce.

La conclusion qui se dégage de cet exposé ne laisse pas de

de difficultés et de sacrifices,... tout est calculé dans cette marche de manière que chaque pas offre une garantie réelle contre l'abus du consentement mutuel. Mais la séparation laisse subsister le lien conjugal : il ne fallait donc pas surcharger cette action des embarras et des sacrifices imposés à l'action bien plus grave du divorce ; et personne ne s'est plaint de la diversité des procédures dans les deux espèces. L'action en séparation est une action ordinaire qui se poursuit comme toutes les autres, par conséquent, l'on n'a ni pu, ni dû ranger le consentement mutuel au nombre des causes de séparation, parce que l'instruction ne pouvait présenter aucune espèce de garantie contre l'abus de cette cause. Le consentement mutuel dans le cas de séparation serait une large porte entièrement et toujours ouverte au caprice, à la légèreté, à l'inconstance, sans aucune espèce de préservatif contre leurs effets ; et comme la séparation de corps entraîne de droit la séparation de biens, deux époux de mauvaise foi trouveraient encore dans leur consentement mutuel un moyen infaillible de ruiner tous leurs créanciers. Ainsi nulle inconséquence à reprocher au projet, et c'est dans la nature même des deux actions que vous trouvez la raison de la différence des causes qui y donnent lieu. »(Fenet, *op. cit.*, p. 562.)

surprendre par son aspect paradoxal. C'est, en effet, que la séparation de corps est apparue au législateur de 1804, si l'on en croit les discours qui furent prononcés, infiniment plus dangereuse que le divorce pour les bonnes mœurs et l'ordre public. Ce qui explique qu'elle ait été soumise à une réglementation plus étroite.

§ 4. — La justification théorique de l'article 307 dans la doctrine au cours du XIX[e] siècle.

Depuis 1804 bien des bouleversements ont été opérés dans cette partie du Droit. Le divorce fut aboli en France en 1816. Il fut rétabli en 1884, mais amputé de la procédure par consentement mutuel, qui n'a jamais été officiellement remise en vigueur. La règle de l'article 307, elle, est demeurée inchangée jusqu'à nos jours (1). En Belgique où, par contre, le divorce par consentement mutuel est resté appliqué, la prohibition des séparations volontaires n'a pas non plus subi de modification (2).

Alors se pose la question de savoir quels motifs ont été donnés en faveur de cette fidélité au texte primitif du code. Car il arrive parfois que les raisons qui ont paru déterminantes au législateur cessent par la suite d'obtenir l'adhésion des jurisconsultes, et fassent place à des idées nouvelles ; il arrive également, lorsqu'une disposition s'est trouvée justifiée par des arguments d'ordre très différent que les uns soient abandonnés et les autres seuls retenus. Il convient donc d'envisager comment dans leurs commentaires les auteurs ont présenté l'article

(1) Elle reçut même en 1816 une nouvelle approbation de la part des rédacteurs du projet de loi, qui était destiné à compléter la règlementation insuffisante du code sur la séparation de corps, mais qui n'aboutit pas.

A vrai dire, la prohibition primitive du code disparut à un moment donné du texte de l'article 307 ; le législateur de 1884 ayant jugé inutile de la maintenir expressément, puisque le divorce par consentement mutuel qui avait exigé son énonciation formelle n'existait plus. Elle fut néanmoins rétablie par inadvertance, lors du vote de la loi du 18 avril 1886. Quoiqu'il en soit de cet incident, rien n'a jamais été modifié sur le fond.

(2) En Italie et en Pologne, par contre, la règle du Code Napoléon a fait place à l'admission de la séparation consensuelle.

dont il s'agit, et à quelles considérations ils ont fait appel pour le fonder.

D'une façon générale la doctrine a approuvé la règle légale ; mais les auteurs pour la plupart n'ont pas aperçu son importance et se sont bornés à la doter de brèves explications ; certains mêmes s'en sont dispensés (1). Le résultat de cette attitude qui s'est manifestée jusqu'à Laurent par l'absence de toute controverse, c'est qu'avant lui aucune étude sérieuse et vraiment critique ne fut faite de cette disposition (2). C'est donc en vain, qu'on chercherait dans les traités de droit civil une justification plus approfondie que celle présentée lors des travaux préparatoires ; le seul enseignement qu'ils puissent nous fournir consiste dans l'appréciation de la valeur relative des arguments originaux.

Le motif tiré de la tradition et de la prétendue condamnation par l'Eglise de la séparation amiable, bien qu'il eut pu paraître convaincant aux yeux de jurisconsultes respectueux du but de

(1) MARCADÉ, *Elémens de droit civil français*, t. II, p. 335 ; ZACHARIAE ; AUBRY et RAU, t. V (4e éd., 1872), § 489.

(2) La monographie de MASSOL (*De la séparation de corps*, 1re éd., 1840, 2e éd., 1875) prétend bien cependant résoudre le problème de la séparation consensuelle. Dans une dernière partie intitulée : *Projets de réforme*, l'auteur se demande, en effet, s'il faut admettre le consentement mutuel, mais il combat les motifs favorables par des affirmations pures et simples qui sont les suivantes : « Est illicite toute convention qui a pour effet de porter atteinte aux obligations résultant du mariage. De même qu'au moment où le contrat se forme, il n'est pas loisible de convenir que les époux vivront séparés, de même il ne peut être stipulé après coup que les époux se sépareront et demeureront séparés. — La volonté des époux qui est insuffisante pour rompre le lien du mariage, est également inefficace pour le rendre sans effet. Qu'est-ce que l'indissolubilité du mariage, si les obligations qu'il produit sont livrées au caprice de ceux qui ont contracté ?... Peu importe que la séparation volontaire empêche le scandale du procès. Est-ce qu'il n'y aurait point scandale à rendre les séparations de corps plus faciles... Est-ce qu'il n'y aurait pas scandale à se jouer du lien du mariage et du respect dû à la justice. L'on introduira une demande en séparation de corps ; l'on se réconciliera ; l'on engagera une nouvelle instance, et ainsi de suite... C'est avec regret que nous signalons que le nouveau code italien autorise la séparation de corps volontaire. Il faut espérer que le législateur italien ne tardera point à effacer cette tache qui dépare son ouvrage. Les fausses doctrines, toujours dangereuses, le sont surtout quand elles deviennent des lois. »

Cette citation renferme un certain nombre de propositions que l'auteur s'est dispensé de justifier, en leur donnant une tournure dogmatique. Ce n'est pas ainsi, croyons-nous, qu'il convient de résoudre la question posée.

la loi, n'a pas joui d'un grand crédit. Malleville dans « L'Analyse raisonnée » du Code qu'il publia dès 1805 le sous-entend bien plus qu'il ne l'affirme (1), et parmi les commentateurs ultérieurs seul Proudhon le reproduit expressément(2). Ce n'est d'ailleurs nullement à la reconnaissance tardive de son inexactitude que cet argument dut de tomber dans l'oubli, mais simplement à ce qu'il n'eut plus un caractère décisif lorsque la séparation fut à nouveau l'unique remède offert à tous sans considération de croyance.

En ce qui concerne l'affirmation de l'inutilité d'un texte pour consacrer le droit des époux de vivre d'accord séparés, c'est une idée qui plus longtemps a séduit les auteurs, mais qui a également fini par disparaître. On la trouve exprimée par Valette qui voit en elle « le principal motif pour lequel la séparation « de corps par consentement mutuel n'a pas été admise (3) »,; puis Duranton (4), Massol (5) et Demolombe (6) lui apportent successivement le poids de leur autorité.

Elle devait néanmoins tomber bientôt sous le coup de la critique pénétrante de Laurent, qui en démontra l'inanité d'une façon péremptoire. A quoi bon, prétendent ses partisans, organiser une procédure pour permettre aux époux de vivre séparément, alors qu'ils sont d'accord ? « Ne sont-ils pas libres « de rompre la vie commune ? Pourquoi demanderaient-ils à « la justice ce qu'ils peuvent faire de leur propre volonté ? » Une telle doctrine n'est rien moins que la négation formelle d'un principe fondamental du mariage, qui fait de la vie commune, hors les cas prévus par la loi, une véritable obligation. Or les adeptes de cette théorie songent si peu, en réalité, à nier l'existence de cette obligation, qu'ils n'attribuent aucune valeur aux pactes de séparation ; le jour même où la convention est passée, l'un des époux peut forcer l'autre à rétablir la vie

(1) T. I, p. 305 (*Analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d'Etat*).
(2) *Traité sur l'Etat des Personnes*, t. I (3e éd., Dijon, 1842), p. 532 et s.
(3) *Note* sur PROUDHON, *loc. cit.*, p. 534.
(4) *Cours de Droit français suivant le Code civil* (4e éd., Paris, 1844), t. II, n° 530, p. 481.
(5) *Op. cit.* (éd. 1875), pp. 107 et 450.
(6) *Cours de Code civil*, t. IV (1847), n° 404, p. 505.

commune. Le seul effet qui puisse résulter de la volonté mutuelle des conjoints, c'est donc une situation essentiellement précaire qui doit cesser dès que l'une des parties change d'avis ; alors que la séparation prononcée en justice engendre un véritable droit au profit de chacun. « Et c'est là, s'étonne Laurent, « la séparation qui rendrait inutile la séparation judiciaire par « consentement mutuel ! » Il n'y a rien de commun, en effet, entre cet état de fait, dépourvu de toute stabilité et de toute garantie, et une institution que l'on peut définir : la faculté accordée par le juge à chaque époux d'habiter séparément de l'autre, sans pouvoir être forcé de le recevoir. Sans qu'il soit autrement besoin d'insister sur cette explication singulière qui consistait à justifier l'article 307 par l'inutilité d'une disposition contraire, on peut admettre avec le grand jurisconsulte belge qu'il y avait une véritable « hérésie juridique » dans l'affirmation que la séparation de fait tient lieu de séparation régulière (1).

Les deux autres motifs exprimaient la crainte du législateur de voir le consentement mutuel, s'il était admis en matière de séparation, entraîner fatalement des abus. Et c'est au nom des créanciers possibles du mari, d'une part, et dans l'intérêt de la moralité publique, d'autre part, qu'on proclamait la nécessité de ne pas l'accueillir dans la loi.

Quand le divorce consensuel eût été aboli en France, il devint plus plausible d'invoquer à l'appui de l'article 307 une considération tirée de la moralité publique. Delvincourt (2), Toullier (3) et Demante (4) ne se firent pas faute de redire qu'il est impossible de soumettre la séparation à des épreuves et à des restrictions, comme l'avait été le divorce, et que par conséquent ouvrir la voie au consentement mutuel ce serait par là-même donner libre cours au caprice et à la licence. Mais ce troisième argument ne réussit pas davantage que les deux premiers à se faire recevoir dans une doctrine définitive. C'est à Duranton que revint le mérite d'avoir montré le mal fondé de ses prémisses,

(1) *Principes de droit civil*, t. III (Bruxelles et Paris, 1870), n° 314, p. 366.
(2) *Cours de Code civil*, t. I (Paris, 1824), 2e partie, p. 189.
(3) *Le Droit civil français suivant l'ordre du code*, t. II (5e éd. 1839), n° 758.
(4) *Cours de Droit civil français*, t. I (3e éd. 1840), n° 268.

c'est-à-dire la possibilité parfaitement concevable de subordonner l'obtention d'une sentence d'homologation à des conditions de nature à écarter les requêtes causées par des griefs peu graves ou inexistants. « Nous ne prétendons certainement pas, déclarait-il, improuver le moins du monde la sage disposition de la loi qui prohibe la séparation de corps par consentement mutuel... ce que nous improuvons ce sont les motifs vains que l'on prête à la loi, quand elle en a eu de très réels. En effet, pourquoi n'aurait-on pu également priver les époux d'une portion de leurs biens en faveur des enfants ?... On aurait pu fixer un délai, un temps d'épreuve, passé lequel la perte eût été irrévocable, nonobstant la réunion postérieure... La séparation de corps par consentement mutuel ne serait pas devenue une mode plus suivie que celle du divorce pour la même cause : disons mieux, elle l'eût été beaucoup moins par ceux placés sur le penchant de la licence, car avec le divorce, [leur] indépendance devenait absolue... En admettant d'ailleurs toutes ces suppositions, l'intérêt public et surtout celui des enfants auraient encore beaucoup gagné à la préférence que des époux désunis auraient donnée à la séparation sur le divorce. Non, ce ne sont pas les véritables motifs de la loi, ou bien ils ne seraient pas fondés sur la nature des choses (1). »

Restait donc en définitive après cette élimination, comme seul fondement de la règle étudiée, le souci de protéger l'intérêt pécuniaire des tiers. La séparation de corps intervenant, en effet, sans que les créanciers soient appelés dans la procédure, et produisant *ipso facto* la séparation de biens, les époux auraient pu l'obtenir sous prétexte de dissentiment conjugal en fraude de leurs droits. C'est la même idée qui fut invoquée pour justifier l'article 1395 du Code civil, qui établit l'immutabilité des conventions matrimoniales, et qui prohibe, par conséquent, toute séparation de biens volontaire au cours du mariage. Aussi la doctrine ne tarda-t-elle pas, donnant à la pensée du législateur une traduction commode, et retrouvant la thèse admise à la fin de notre Ancien Droit, à présenter l'article 307 comme une

(1) *Cours de Droit français suivant le Code civil*, t. II (4e éd. 1844), nº 530, p. 484.

application particulière du principe général contenu dans l'article 1395. Delvincourt écrivait dès 1824 : si la séparation de corps ne peut pas avoir lieu par consentement mutuel, c'est qu'elle entraîne la séparation de biens « qui est le plus souvent un changement aux conventions matrimoniales. Or il est de principe que les époux ne peuvent changer leurs conventions matrimoniales postérieurement à leur mariage ». Jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle l'idée de fraude revient ainsi comme un *leit-motive* dans toutes les œuvres des civilistes. Laurent déclare nettement dans ses Principes de Droit civil en 1870 : « Il n'y a... qu'une seule raison qui explique... la disposition de l'article 307... La séparation de corps emporte séparation de biens. Si elle pouvait se faire par consentement mutuel, deux époux de mauvaise foi en pourraient abuser pour frauder les droits de leurs créanciers (1). » Huc, enfin, en 1892 adopte cette dernière position, en enseignant que « la séparation de corps aurait pu être convenue entre les époux dans le but de fruster les créanciers du mari, et de modifier en réalité le contrat de mariage en substituant un régime à un autre (2). »

La doctrine allait-elle finalement s'en tenir à cette base unique, mais apparemment très solide, du principe d'immutabilité pour fonder l'article 307, à la place des diverses considérations auxquelles le législateur avait tout d'abord fait appel, mais dont la diversité même révélait la faiblesse ? La question était d'importance, car si cet argument ultime était à son tour renversé, le maintien de la prohibition n'était plus concevable ; rien ne venant plus, en effet, faire contrepoids aux raisons favorables à une règle de liberté. Laurent, seul, eut l'audace de poser ce problème d'une manière précise et formelle ; et, la réponse s'étant révélée négative, de conclure à l'abrogation du texte envisagé (3) ? Aubry et Rau, eux-mêmes, avaient sans

(1) *Loc. cit.*, p. 368.
(2) *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. II, n° 439, p. 471.
(3) Il faut donc rétablir ainsi sa proposition que nous avons citée plus haut : « Il n'y a eu en définitive qu'une seule raison qui explique, mais sans la justifier, la disposition de l'article 307. »
Dans son *Avant-Projet de Révision du Code civil*, il proposait en conséquence l'insertion de plusieurs dispositions réglementant la séparation par consentement mutuel, v. plus loin, IV^e^ partie.

doute aperçu l'impossibilité rationnelle de la disposition légale, car ils s'étaient bornés à l'énoncer sans autre explication.

La réponse qui fut faite à l'objection de fraude, telle que les auteurs se l'étaient transmises depuis Treilhard, étonne à la fois par sa simplicité et l'aveuglement qu'elle suppose chez les partisans de l'opinion traditionnelle. On dit, en effet : la séparation de biens principale ne peut être obtenue sans que les créanciers soient appelés dans l'instance, pour défendre leurs droits contre toute collusion frauduleuse des époux. Au contraire, la séparation de corps ne comporte pas une telle intervention, bien qu'elle entraîne comme conséquence forcée la séparation de biens, parce que l'administration rigoureuse qu'elle suppose de la preuve des dissentiments conjugaux ne peut laisser place à la crainte d'un accord secret contre les tiers. Et le législateur de conclure, approuvé par plusieurs générations de jurisconsultes : il faut donc repousser toute procédure en séparation de corps qui ne procurerait pas aux créanciers la garantie d'une telle démonstration, spécialement l'admission du consentement mutuel. Or une telle conclusion est spécieuse, car les prémisses restant exactement les mêmes, il est plus logique d'affirmer : la procédure gracieuse ne donnant pas aux tiers la garantie fournie par la séparation de corps contentieuse, il y a lieu alors de leur reconnaître un droit d'intervention, comme dans l'hypothèse de demande principale en séparation de biens. Et c'est en ce sens que se prononce Laurent. Refuser d'admettre la justesse de ce raisonnement serait, croyons-nous, manifester à la règle d'immutabilité des conventions matrimoniales un attachement quasi-mystique.

La manière de voir du grand jurisconsulte belge fut ensuite adoptée par Beudant, mais celui-ci se garda cependant de suivre jusqu'au bout ses déductions, ajoutant par ailleurs qu' « il n'est pas indispensable que la séparation de corps entraîne la séparation de biens et [qu'] on aurait pu lui enlever cet effet, en cas de consentement mutuel (1). »

Ainsi dans le cours du XIX^e^ siècle une seule voix s'est élevée,

(1) *Cours de Droit civil français. L'Etat et la Capacité des Personnes*, t. II (Paris, 1897), n° 439.

de celles du moins qui comptent, pour proclamer le caractère absolument arbitraire de la prohibition légale, et réduire à néant tous les arguments trouvés après coup par le législateur pour la justifier. Il est curieux de constater, après ce lent travail d'élimination et cette démonstration finale décisive, la réserve prudente des auteurs qui, n'osant pas cependant s'élever contre la loi, hésitent à invoquer des raisons désormais sans valeur, pour laisser à l'article du Code le soin de s'imposer par la seule force de son prestige. Le magistral traité de droit civil élevé à la fin du siècle dernier par Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs atteste éloquemment cette attitude singulière. « D'après le Code civil (y lisons-nous) le divorce pouvait avoir lieu « par le consentement mutuel des époux, mais non la séparation « de corps. Ce n'est pas qu'il fut bien facile d'expliquer cette « différence. Si on admet le divorce par consentement mutuel, « dans le cas où des motifs d'ordre supérieur peuvent fermer « la bouche à l'époux demandeur et l'empêcher de révéler publi- « quement la cause du divorce, pourquoi ne pas admettre dans « les mêmes circonstances la séparation de corps, pour ceux « dont les convictions religieuses repoussent le divorce ? Les « explications que les auteurs du Code civil ont données à ce « sujet ne sont guère satisfaisantes, et celles que les jurisconsultes ont proposées ne le sont pas davantage. Pour nous, voici « la vérité : le législateur de 1803 ne voulait ni du divorce par « consentement mutuel, ni de la séparation de corps par consen- « tement mutuel. Il s'est laissé arracher le divorce par consen- « tement mutuel par Napoléon, qui avait l'arrière-pensée d'en « faire bientôt un usage personnel. Cette influence ne s'étant « pas produite au sujet de la séparation de corps, le principe « qu'elle ne peut avoir lieu par le consentement mutuel a été « maintenu, et il en est résulté une disparate dans notre loi (1). »

On s'attendrait, après l'énoncé de cette opinion concernant le mobile secret de la disposition envisagée, à une appréciation critique de la valeur du texte qui a subsisté ; car l'aveu pur et simple que le législateur ni la doctrine n'ont découvert de raison

(1) Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil* ; Houques-Fourcade, Bonnecarrère et Cheneaux, *Des Personnes*, t. IV (3e éd., 1907), n° 302.

valable pour la justifier peut apparaître un commentaire bien bref, surtout dans un ouvrage aussi considérable. Les auteurs s'en tiennent cependant à cette affirmation (1). C'est donc, selon eux, qu'il doit nous suffire de savoir que l'article 307 est la véritable expression de la *volonté du législateur*. Ainsi dans l'impossibilité établie de trouver un fondement rationnel à la norme étudiée, c'est là qu'il faut chercher une justification dernière et péremptoire.

L'étude des motifs théoriques, expressément invoqués pour justifier la loi, se révèle finalement décevante, puisqu'à la question que nous avions légitimement posée : quelles sont les raisons qui fondent l'article 307 ? elle ne nous apporte en dernière analyse que cette pseudo-réponse : l'article 307 est fondé sur la volonté nue du législateur. C'est là le résultat indiscutable d'un siècle tout entier de travaux sur le Code, tel qu'il est consigné dans le dernier et capital ouvrage dû à l'« *Ecole de l'Exégèse* ». La prohibition des séparations amiables, c'est donc un impératif catégorique, débarrassé de tout motif capable d'entraîner l'adhésion de notre entendement, et qui s'impose à nous par l'autorité formelle de la Loi, comme expression d'une volonté suprême.

(1) Ils donnent toutefois au texte une interprétation restrictive : « *Cette proposition* [l'art. 307] *ne signifie pas qu'il est interdit aux époux de vivre séparément d'un commun accord* et tant que cet accord subsiste, mais bien que le juge ne peut pas, sur le fondement du consentement mutuel exprimé par les époux, prononcer entre eux une séparation de corps. Elle signifie, en outre, que la convention que les époux auraient faite de vivre séparément, et toutes les clauses accessoires de cette convention... sont nulles et de nul effet ; » (*op.* et *loc. cit.*, n° 300).

CHAPITRE II

LA PRATIQUE DES « PACTES D'HONNEUR » « LA RÉVOLTE DES FAITS CONTRE LE CODE CIVIL »

Si la loi était respectée, non pas seulement dans son esprit mais dans sa lettre, il ne devrait exister d'autres séparations conjugales que celles accordées par justice. L'article 214 du Code civil fait, en effet, du devoir de cohabitation une véritable obligation légale, édictant : « La femme est *obligée* d'habiter avec le mari et... le mari est *obligé* de la recevoir... » En principe, la rupture de cohabitation ne devrait donc avoir lieu que dans les cas prévus et de la manière prescrite par le Code, c'est-à-dire au moyen d'une demande judiciaire fondée sur un motif valable. Or, pratiquement les choses en vont différemment : Il n'est ignoré de personne qu'à côté de l'institution régulière un *modus vivendi* s'est fait place, connu sous le nom générique de séparation de fait.

La séparation de fait, c'est la situation de deux époux vivant à part l'un de l'autre, comme si un jugement était intervenu pour mettre fin à leur communauté de vie, mais n'ayant pas en réalité sollicité ou obtenu de décision de justice. Si l'on essaie d'analyser ce phénomène social, on découvre aisément que deux éléments servent à le constituer, l'un est le fait lui-même de la dissolution du foyer, et l'autre est l'intention de faire de cet état quelque chose de durable, sinon même de définitif. Cet élément intentionnel ne présente pas toujours, d'ailleurs, le même caractère, il peut être bilatéral, et nous sommes en présence de la séparation consensuelle, ou au contraire unilatéral, l'un des époux voulant, et l'autre ne voulant pas, et c'est alors l'hypothèse d'abandon ou de répudiation. La séparation de fait c'est

donc en somme la séparation qui n'est pas permise par la loi et, en l'état actuel de notre droit, elle embrasse sous une appellation unique les catégories fort différentes que nous venons de mentionner.

On comprend dans ces conditions que nous n'ayons pas pour dessein de reprendre, après tant d'autres, l'étude de la séparation de fait en droit français contemporain (1). Il n'y a rien de commun en soi entre le pacte amiable et la répudiation par exemple. Seule l'absence des effets réguliers de la séparation judiciaire les rapproche, ainsi que la reconnaissance par la jurisprudence de certaines conséquences restreintes. Les auteurs ne se sont jusqu'ici préoccupés que de dégager des espèces soumises aux tribunaux les règles supplétives à la prohibition et au silence du code, puisqu'aussi bien le juge est forcé de connaître ce que le législateur a voulu ignorer. L'objet de nos recherches sera tout différent et par suite nouveau, croyons-nous. Avant que d'aborder les effets produits, malgré la loi, par la séparation consensuelle, nous essaierons de l'étudier comme telle dans les mœurs et dans la pratique.

Nous ne nous dissimulons pas ce qu'une telle recherche peut présenter de difficultés et de risques. Se livrer à l'exégèse d'un texte, ou construire une théorie jurisprudentielle, c'est travailler sur des donnés connus et certains qui arrêtent les conclusions trop hasardées. Vouloir découvrir, au contraire, la matière première de l'élaboration juridique dans les aspirations de la conscience commune ou les exigences du milieu social, c'est se livrer à l'observation délicate des faits et à l'incertitude de leur

(1) G. Choquet, *La séparation de fait entre époux* (Thèse Lille, 1907)
L. Girod, *Des effets de la séparation de fait entre époux* (Thèse Nancy. 1908).
J. Lefebvre, *La condition juridique de l'épouse séparée de fait dans ses rapports avec les tiers* (Thèse Paris, 1912).
R. Husson, *La séparation de fait entre époux. Etude jurisprudentielle* (Thèse Toulouse, 1914).
Musset, *De la séparation de fait entre époux* (Thèse Montpellier, 1917).
A. Vincent, *De la séparation de fait entre époux* (Thèse Paris, 1922).
A. Dauriac, *Influence de la séparation de fait sur la condition juridique de la femme mariée* (Thèse Paris, 1924).
L. Pellet, *La femme séparée de fait et les tiers* (Thèse Lyon, 1928).
Adde, H. Loubers, *De l'obligation du mari vis-à-vis des tiers qui ont contracté avec sa femme séparée de fait* (*Rev. Gén. de Droit*, 1910, p. 5 et s.).

interprétation. Néanmoins une telle enquête directe est, pensons-nous, nécessaire, en présence de l'arbitraire légal démontré sur le plan théorique, pour connaître, d'une manière pour ainsi dire expérimentale, si la norme du code confirme ou heurte le sentiment moral commun.

§ 1. — La pratique des séparations amiables : son existence et son importance actuelles.

Quant on se propose d'étudier le développement d'une institution régulière, le plus souvent on peut avoir recours, et c'est là un instrument précieux de connaissance, aux chiffres de la statistique. C'est ainsi que plus haut nous avons fait appel à leurs enseignements, pour apprécier l'importance comparée de la séparation consensuelle et de la séparation contentieuse en Italie. De même, lorsque l'on envisage le développement d'un fait délictuel réprimé par la loi, il est possible de consulter les statistiques pénales. Au contraire, dans l'hypothèse où un acte est l'objet d'une prohibition expresse, sans cependant que sa violation soit constitutive d'un délit donnant lieu à l'application d'une sanction, il n'existe aucune base possible de dénombrement. Or parmi les différentes espèces rangées sous l'appellation générique de séparation de fait, qui toutes sont contraires à la loi, seul l'abandon de famille, depuis une date récente, peut être poursuivi et par suite connu dans son nombre. Par conséquent il semble bien qu'aucune indication ne puisse être trouvée de ce côté, concernant l'existence des pactes de séparation sous le régime du code civil.

Où devrons-nous alors chercher un témoignage capable de s'imposer à tous ? Il serait naturel en cette matière, qui ressortit essentiellement au domaine des mœurs, de s'en tenir aux résultats d'une simple enquête. Mais l'inconvénient de ce procédé serait de n'être concluant qu'à la seule condition de citer d'une manière très précise, permettant un contrôle ultérieur, le détail des cas observés, tout au moins le nom des parties. Ce qui, étant donné le but le plus fréquent de ces accords d'éviter toute publicité, se heurte à une impossibilité morale. Aussi bien

n'en sommes-nous pas réduit à ce mode, pouvant soulever d'ailleurs d'autres réserves, pour établir l'existence d'un usage ancien, constant et général de séparation conjugale par consentement mutuel. Lorsque les tribunaux, en effet, sont appelés à statuer sur les difficultés qui naissent d'une séparation de fait, soit entre les époux eux-mêmes, soit entre l'un d'eux et les héritiers de l'autre ou des tiers, il n'est pas rare que les circonstances qui ont entraîné la rupture soient rappelées dans la décision, et ainsi se trouve consignée dans un document authentique la preuve que nous cherchons. Bien entendu, nous ne pourrons tirer des recueils de jurisprudence que la démonstration de l'existence de la pratique envisagée, et non des conclusions précises concernant sa fréquence, car il n'est pas fatal que toutes les conventions aboutissent à une instance, et d'autre part, les recueils ne conservent que les arrêts typiques.

Dès les premières années qui suivirent la mise en vigueur du code, on constate la conclusion par des époux de pactes de séparation amiable. C'est ainsi que la Cour de Colmar atteste la passation d'un tel accord le 27 août 1806 (1) ; que deux décisions de la Cour de Caen mentionnent semblable convention, dont l'une conclue le 3 avril 1810 (2), et l'autre antérieurement à 1818 (3), et que la Cour de Douai rappelle les clauses d'un contrat analogue en date du 28 juillet 1827 (4).

Pendant tout le cours du XIX^e siècle, on peut suivre à travers les documents de la jurisprudence la persistance de cette pratique. Pour ne considérer que la seconde moitié du siècle, c'est la Cour de Grenoble qui statue en cette matière le 11 mars 1851 (5), puis encore celle de Caen le 8 avril de la même année (6), et celle d'Amiens le 14 décembre 1852 (7) ; le 9 juillet 1858 la Cour de Paris intervient à son tour (8) ; celle de Nîmes

(1) C. de Colmar, 22 avril 1807. S. Chr. 2.2.229.
(2) C. de Caen, 14 nov. 1825. J. G. v° Contrat de mariage.
(3) C. de Caen, 11 av. 1818, J. G. v° Sép. de corps, n° 14.
(4) C. de Douai, 30 déc. 1829 sous Req. 28 av. 1830. S. 31.1.11, J. G. v° Contrat de mariage, n° 1011, n° 2.
(5) S. 51.2.627 ; D. 53.2.62.
(6) D. 52.2.127.
(7) D. 54.2.9.
(8) S. 58.2.186.

ensuite le 9 mai 1860 (9) ; puis celles de Metz le 5 avril 1865 (10) ; de Besançon le 25 juillet 1866 (11) ; de Riom le 6 décembre 1867 (12) ; de Nancy le 22 janvier 1870 (13) et de Dijon le 11 juillet 1872 (14). La Cour de Paris intervient à nouveau le 11 mai 1874 (15) ; la Cour de Bordeaux statue le 10 février 1879 (16). Dans les dernières années du siècle, on relève un jugement du tribunal civil de Toulouse du 26 février 1886 (17), un arrêt de Paris du 24 décembre 1890 (18), deux de Dijon des 21 janvier 1891 et 13 novembre 1895 (19), un de Pau du 20 juin 1894 (20) et un autre d'Alger du 24 février 1897 (21).

Enfin pour ce qui est de la période récente, qu'il nous suffise de citer une décision de la Cour de Paris du 7 janvier 1903 (22), une autre de la Cour de Rennes du 27 avril de la même année (23), une encore de la Cour de Lyon du 27 octobre 1919 (24), un jugement prononcé en appel le 24 avril 1913 par le tribunal civil de Château-Thierry (25), et un du tribunal civil de la Seine en date du 11 juillet 1922 (26).

En Belgique également la règle prohibitive du code s'est révélée inefficace, ainsi que des arrêts des Cours de Liège du 25 juillet 1842 (27), de Bruxelles du 20 décembre 1864 (28), de Gand du 11 janvier 1896 (29), et encore de Bruxelles du 30 décembre 1925 (30), en portent témoignage.

(9) D. 60.2.219 ; S. 60.2.577.
(10) S. 65.2.294.
(11) D. 67.2.48.
(12) Sous Req. 25 nov. 1868. D. 69.1.148.
(13) S. 70.2.54 ; D. 70.2.76.
(14) S. 73.2.104 et Civ. 12 janv. 1874. S. 74.1.305.
(15) S. 74.2.169, ;D. 75.2.41.
(16) Sous Civ. 14 juin 1882. S. 82.1.421 ; D. 83.1.248.
(17) *Revue du Notariat*, 1887, n° 7576.
(18) Sous Civ. 23 janv. 1894. D. 94.1.394.
(19) D. 91.2.349 et *G. P.* 95.2.686 ; D. 96.2.133 (1re espèce).
(20) S. 94.2.232 ; D. 95.2.11.
(21) *G. P.* 97.2.576 ; S. 98.2.263.
(22) D. 04.2.79.
(23) Sous Civ. 2 janv. 1907. D. 07.1.137 ; S. 11.1.585.
(24) D. 21.2.25 (1e espèce).
(25) Sous Req. 4 av. 1917. *G. P.* 1916.17.880.
(26) D. 24.2.105.
(27) Pas. 43.II.24.
(28) Pas. 65.II.394.
(29) Pas. 96.II.165.
(30) S. 27.4.3.

Cette simple énumération qui se garde d'être trop longue (31), puisqu'aussi bien elle ne saurait être complète, mais dans laquelle la plupart des ressorts d'appel sont mentionnés, suffit à la démonstration proposée. Elle nous permet, en effet, d'affirmer que la pratique des pactes amiables entre époux est ancienne, contemporaine pour ainsi dire de la promulgation du code, continue, actuelle et générale. On pourrait être dès maintenant tenté de déclarer, qu'en somme le Code civil n'a rien changé aux errements antérieurs.

Il semble, à première vue, impossible d'aller plus loin dans cette voie et vain, avons-nous dit, de vouloir connaître le chiffre annuel des séparations volontaires, puisqu'une telle convention est, en l'état du droit, un acte qui demeure le plus souvent occulte. Cependant la statistique officielle des séparations judiciaires peut donner lieu à son sujet à des conclusions d'un intérêt certain. Il est établi qu'en France sur 1.000 demandes de séparations de corps, 895 sont formées par des femmes (32), et ce résultat n'est pas dû à ce que les maris ont une préférence marquée pour la dissolution du mariage, car le déséquilibre, bien que moins accentué, se manifeste dans le même sens en matière de divorce. Ce serait, d'autre part, une déduction simpliste que d'affirmer à l'aide de ce seul résultat, que la presque totalité des ménages désunis le doit à la faute du mari. La raison véritable de cette disproportion, apparemment si favorable à la supériorité morale des femmes, c'est que le mari malheureux a intérêt à ne pas intenter une demande judiciaire, qui aurait pour conséquence fatale de le priver de la jouissance des biens de son épouse. L'apport fait par celle-ci peut se trouver investi dans des affaires commerciales, ou industrielles, que son retrait rendrait désormais difficiles, sinon même impossibles ; ou bien, plus simplement, peut-être indispensable au maintien d'un train de vie agréable et accoutumé. C'est pourquoi, pour ne pas ajouter à la tristesse de sa mésaventure le regret d'un dépouillement immérité, le mari renonce très souvent au béné-

(31) V. les autres références citées, notes *infra*.
(32) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.* Des Personnes, t. 4, n° 303. La proportion semble avoir légèrement diminué depuis. V. *Annuaire Statistique de la France.*

fice de son action. S'ensuit-il forcément que pour conserver sa fortune, il se résigne à garder auprès de lui la personne même de son épouse ? Ce serait une solution peu raisonnable, puisqu'il lui reste toujours la ressource d'une entente avec elle, non recevable elle-même à agir en justice et qui peut préférer quitter un foyer rempli d'amertume sans avoir à souffrir d'une publicité scandaleuse. Que le mari promette le versement d'une pension suffisante, et ainsi une séparation de fait rendra inutile une procédure régulière.

Dès lors il semble légitime d'avancer, si par ailleurs on consent à admettre que les torts, loin d'être l'apanage des maris, se partagent équitablement entre les deux sexes, que le nombre des séparations consensuelles ne doit pas être de beaucoup inférieur à celui des séparations judiciaires. Une telle évaluation n'a rien d'exagéré, sans doute, car non seulement les maris sont entraînés vers cette pratique par des raisons d'intérêt pécuniaire, mais les femmes également, lorsque c'est d'elles que dépend le mode de rupture, peuvent lui trouver des avantages d'un ordre plus élevé.

§ 2. — La formation du pacte : étude du consentement mutuel.

Ainsi la séparation conjugale par simple accord mutuel est un phénomène social certain et important, qui se développe en marge de la loi et malgré sa norme impérieuse. Par cela même qu'il déborde le cadre des institutions régulières, il demande à être étudié non pas seulement d'un point de vue juridique, c'est-à-dire uniquement quant aux effets que lui reconnaît la jurisprudence, mais d'un point de vue plus large englobant ses divers aspects depuis sa formation.

I. — Par définition même, ce mode de relâchement du lien matrimonial suppose le consentement mutuel des deux époux. Est-ce à dire que dans tous les cas où il interviendra, les parties se trouveront placées dans la situation normale de deux contractants, et que la volonté de chacune sera également libre et

autonome ? Il en sera ainsi lorsque l'affection conjugale aura disparu, non par suite de manquement à la foi et aux devoirs mutuels, mais par suite de l'incompréhension, de l'anthipatie naturelle des caractères ou, pour reprendre l'expression usitée devant les Officialités à la fin du XVIII^e siècle, par suite d'une incompatibilité d'humeur ; en un mot, lorsque la rupture ne sera pas imputable à faute à l'un d'eux. Il en sera encore ainsi lorsque le dissentiment aura pour origine des torts proprement dits, mais des torts réciproques, et dont la gravité sera équivalente des deux côtés. Alors chaque époux pourra librement débattre, en principe, les conditions de la séparation, sans que l'un puisse dicter à l'autre sa loi. Mais lorsque la rupture aura pour cause la faute exclusive du mari ou de la femme, faute pouvant servir de base à une demande devant les tribunaux, lorsqu'il existera des torts reprochables à l'un seul, alors l'égalité sera rompue entre les deux parties. Le conjoint innocent sera en vérité le maître de la situation, puisque lui seul aura pouvoir de décider s'il convient, ou non, de recourir aux juges. Entre lui et le coupable la discussion se réduira souvent à une proposition unilatérale, que ce dernier ne pourra qu'accepter ou repousser, sans avoir d'autre prérogative que cette option : ou bien se soumettre aux conditions offertes, ou bien se résigner à la publicité et aux conséquences d'un jugement. Le pacte de séparation n'aura donc pas toujours exactement la même nature ; l'accord des consentements pourra revêtir toutes les nuances qui relient la véritable convention au simple contrat d'adhésion. Mais, tandis que dans les autres hypothèses de contrat d'adhésion se révèle presque toujours l'existence d'une contrainte injuste et fatale, que celui qui adhère à la loi du plus fort subit sans l'avoir méritée, ni pouvoir en fait s'y soustraire ; ici l'infériorité du coupable est la suite naturelle de sa mauvaise conduite, elle correspond à l'infériorité qu'il aurait dans l'instance, et il possède toujours le droit de préférer les conditions du juge à celles de son conjoint.

Cette distinction, basée sur la valeur du consentement d'après l'analyse théorique des causes possibles de séparation, serait facile à vérifier dans les faits si le pacte avait une efficacité légale ; car l'époux qui voudrait ensuite se soustraire à son ac-

complissement, ne manquerait pas d'invoquer en justice un vice de ce consentement ou la lésion, et dans ce but apporterait la preuve de la contrainte subie. Mais, étant donnée la nullité de plein droit qui l'affecte, une telle démonstration n'a pas à être faite, et cela rend plus malaisée notre justification par des documents. Néanmoins, la simple opposition des circonstances ayant entouré la conclusion des pactes qui nous sont connus, autorise à conclure à une diversité certaine dans le degré d'autonomie des volontés qui s'y sont exprimées.

Par exemple, nous sommes fondé à voir une convention, au sens plein de ce mot, dans l'acte passé le 6 juin 1848 entre les époux Chrétien, de Bolbec dans la Seine-Inférieure, dont le mariage avait eu lieu deux ans auparavant. La séparation, en effet, à laquelle ils durent se résoudre à cause d'une incompatibilité d'humeur d'une acuité extrême, fut conclue avec l'assistance de leurs parents, qui se portèrent garants chacun vis-à-vis de la partie adverse de son entière exécution (18). Il n'est pas douteux, au contraire, que le pacte qui fut conclu en 1851 entre les époux D'Hédouville, ne fut de la part du mari qu'un simple contrat d'adhésion ; car la dame d'Hédouville plaidait contre son mari en séparation de corps, et ce n'est que sur l'intervention pressante de parents et d'amis, qu'elle consentit à se contenter d'une séparation volontaire et à se désister de sa demande. Elle ne le fit d'ailleurs que sous la condition expresse de l'observation du contrat passé dans l'intervalle. L'exécution de ces clauses s'étant immédiatement révélée impossible, la procédure devant le tribunal de Laon fut aussitôt reprise par la demanderesse (7).

II. — Après la question concernant la nature du consentement donné par les parties, se pose naturellement celle de savoir à quel moment se forme la rencontre des deux volontés au cours du conflit conjugal. Ces deux questions en vérité sont étroitement liées, comme le montrent les exemples que nous venons de citer ; leurs solutions sont pour une large part sous la dépendance des mêmes causes, qui sont les motifs mêmes de la rupture. A quel moment se forme donc dans la pratique le concours des deux consentements ?

Il apparaît nettement à la lecture des décisions où les faits

sont rappelés avec précision, que l'entente des conjoints en vue d'une séparation n'observe pas toujours un processus identique dans sa formation. Il arrive, et c'est là l'hypothèse qu'on qualifierait volontiers de normale s'il s'agissait d'une institution régulière, que dès l'instant où les parties reconnaissent l'impossibilité de vivre plus longtemps ensemble, le choix de tous deux, ou de celui dont dépend le sort du foyer, se fixe sur l'opportunité de procéder amiablement à sa dissolution. Sans doute, cette détermination *ab initio* en faveur de la voie extra-judiciaire est forcée, quant il n'y a pas de cause légale de séparation ; mais elle intervient aussi dans le cas où une action serait recevable devant les tribunaux, et alors se manifeste clairement la préférence réelle des époux pour ce mode. Mais il arrive aussi que les avantages de la voie consensuelle ne leur apparaissent pas immédiatement suffisants, pour leur faire négliger les inconvénients dus à son illégalité, ou bien que l'époux victime ne renonce pas tout de suite à la satisfaction d'une sentence vengeresse. Au cours de l'instance, cependant, un rapprochement se produit fréquemment qui aboutit à l'abandon de la demande (33) et à la conclusion d'un pacte.

(33) Voici les résultats que nous fournit à ce sujet la statistique, et c'est là une nouvelle preuve de l'importance de l'institution :

Années	Demandes en séparation		Demandes en divorce		Total des désistements sans réconciliations
	Total des désistements	Nombre des réconciliations	Total des désistements	Nombre des réconciliations	
1900	395	172	657	297	583
1901	398	216	820	321	681
1902	366	199	743	310	600
1903	330	183	748	355	540
1904	340	164	722	317	581
1905	345	174	743	354	560
1906	278	151	652	327	452
1907	289	172	745	356	506
1908	330	160	909	398	681
1909	331	188	972	425	690
1910	318	172	935	446	635
1911	352	183	989	426	732

Ces chiffres sont extraits du « *Compte général de l'administration de*

Un grand nombre d'exemples peut illustrer cette distinction générale. Pour ce qui est de la première catégorie, c'est-à-dire des accords conclus immédiatement sans recours préalable aux juges, on peut citer la convention passée le 27 août 1806 par les époux Dryon, dans le ressort de la Cour de Colmar (1) ; celle datée de 1840 sur laquelle les époux Eymard plaidèrent postérieurement devant le tribunal de Montélimar (5) ; celle des époux Chrétien, déjà mentionnée ; celle intervenue en 1848 entre les époux Marchand, qui est rapportée dans un jugement du tribunal civil de Versailles (15) ; celle encore des époux Nisius en 1852 (11) ; des époux De Chanay avant 1870 (14) ; des époux Fruneau le 30 mars 1881 (23) ; des époux Pitté le 2 mars 1889 (20) ; et d'autres encore dont l'énumération serait fastidieuse.

En ce qui concerne la seconde catégorie, où nous rangeons les pactes intervenus pour mettre fin à une procédure déjà engagée, les exemples en sont également nombreux, en sorte qu'il n'est pas possible d'apercevoir de quel côté se trouve le groupe le plus important. C'est au cours d'une instance en séparation de biens, que les époux Wernest, en 1806, envisagèrent la possibilité de demeurer séparés moyennant la promesse d'une pension, et cet accord fut inséré dans le jugement lui-même sous forme d'une option laissée au choix de la femme (34). La transaction qui intervint le 3 avril 1810 entre les époux Lebourgeois, par laquelle furent réglées les conditions de leur séparation de fait, eut pour effet d'interrompre un procès commencé le 23 janvier, alors qu'une première décision avait déjà été rendue (2). Le pacte convenu le 28 juillet 1827 entre les époux de Kenny, présente un caractère particulier, car il eut pour objet de transformer un abandon en séparation consensuelle, et de mettre fin, non pas à une action en séparation de corps, mais à une demande tendant à l'obtention d'aliments à défaut de réta-

la Justice civile », que publie chaque année le Ministère de la Justice. A partir de 1911, nous n'avons pu consulter que l' « *Annuaire statistique de la France* », qui donne seulement le total des désistements.

Le chiffre de 1911 (732) représente 3,7 % du total des demandes en divorce et en séparation (16.690 + 3.106 = 19.796). L'accroissement que marque la dernière colonne correspond à l'accroissement continu des demandes en divorce.

(34) Sous C. de Colmar, 12 juillet 1806. S. Chr. 2.2.158.

blissement de la vie commune (4). Dans l'affaire d'Hédouville que nous avons citée, l'accord, qui d'ailleurs ne reçut pas exécution, eut pour origine l'intervention auprès de l'épouse de parents et d'amis en vue de la faire renoncer à son action en séparation de corps. De même les pactes conclus le 16 novembre 1869 entre les époux Thiébaut (13), le 30 juillet 1870 entre les époux Grassin (16), et par les époux Amsallem en 1892 (21) eurent pour but d'arrêter une demande judiciaire en séparation formée par un seul des conjoints ou par les deux.

On sait que dès le début de la procédure en séparation, ou divorce, qui peut se prolonger longtemps à raison des mesures d'instruction, le Président assure entre les parties une séparation d'existence et rend des décisions provisoires visant l'habitation de la femme, l'exécution de l'obligation alimentaire, et s'il y a lieu la garde des enfants. Il est à penser que l'obtention de ce *modus vivendi* préalablement au débat peut apparaître assez satisfaisante aux époux, pour leur faire renoncer à la continuation du procès, sauf à compléter ou modifier les dispositions prises par le magistrat. Ainsi la séparation consensuelle prendra naissance parfois de l'ordonnance du juge, et consistera simplement dans la prolongation d'une situation provisoire, mais, à son origine, régulière.

III. — Toujours en ce qui concerne l'accord de volonté comme tel, on peut se demander lequel du mari ou de la femme prend le plus généralement, dans la pratique, l'initiative de recourir à un contrat plutôt qu'à un jugement. Il faut distinguer, croyons-nous, parmi les mobiles capables de provoquer cette détermination, bien qu'en réalité ils se trouvent souvent mêlés dans la complexité des intentions, ceux ayant un caractère purement moral et ceux ayant un aspect pécuniaire.

Pour ce qui est des considérations morales qui peuvent entrer en jeu, il n'apparaît pas possible d'en faire *a priori* l'apanage exclusif d'un sexe, ou simplement de reconnaître à l'un une supériorité sur l'autre, car nous n'avons ici aucun moyen de sortir du pur domaine des conjectures. L'homme se préoccupera peut-être davantage de la réputation du nom et de l'honneur familial, que pourrait compromettre la publicité des débats ;

la mère craindra peut-être plus souvent lesconséquences possibles d'un scandale sur l'établissement de ses enfants ; elle sera plus sensible à la malignité publique, et l'homme au ridicule. Mais l'un comme l'autre, s'il a des convictions religieuses, pourra désirer éviter la possibilité d'un divorce, que l'époux coupable pourrait obtenir de plein droit au bout de trois ans, et l'un comme l'autre pourra vouloir ménager malgré tout les chances d'un pardon ou d'une réconciliation.

Pour ce qui est au contraire des considérations pécuniaires, il est évident que l'initiative d'un accord, afin d'éviter la séparation de biens commandée par l'article 311 du Code civil, viendra le plus souvent du mari. En effet, l'épouse a d'ordinaire un bénéfice certain à recouvrer la jouissance personnelle de sa dot, à obtenir immédiatement sa part dans la communauté, ou la restitution de ses propres. La question ne se pose pas bien entendu pour les ménages dépourvus de toute fortune. Par contre, à l'égard du mari, et nous avons déjà fait état de cette idée, la séparation de biens lui porte presque toujours un préjudice considérable, puisque par nature cette mesure a pour but de lui retirer, sur une part du patrimoine du ménage, ses droits de jouissance et d'administration. Ce préjudice a lieu, soit que la plus grande partie de la fortune familiale ait été apportée par la femme, et se trouve indispensable au maintien du rang ou à la continuation des affaires, soit qu'au contraire elle n'ait rien eu en dot et qu'elle prétende à la moitié des biens tombés dans la communauté par l'activité du mari. On aperçoit ici l'imperfection de la loi française qui édicte la séparation de biens accessoire, sans faire de différence entre le cas où les torts sont à la charge du mari, et celui où ils sont imputables à l'épouse. Au contraire la loi italienne, nous le savons, distingue, du moins quant à la restitution de la dot, entre la culpabilité des époux ; cette restitution étant envisagée par elle comme une sanction.

Ainsi l'initiative de recourir à une rupture amiable, n'entraînant pas la séparation de biens, vient fréquemment du mari, disons-nous, pour des motifs d'intérêt pécuniaire, soit seuls, soit alliés à des préoccupations plus élevées, comme lorsqu'il désire de conserver à ses enfants un patrimoine que l'épouse ne manquerait pas de dilapider dans une vie de désordres. Ce fait

n'est pas toujours facile à déceler, car les pactes sont d'ordinaire fort brefs sur les pourparlers qui les ont précédés. Quant à ceux notamment passés par les parties sans recours préalable aux juges, ils ne laissent presque jamais place à une interprétation externe tirée des circonstances. Par exception, un exemple typique de cette attitude maritale se rencontre dans le conflit qui s'éternisa plus de trente ans entre les époux de C. La dame de C., vers 1860, prit fantaisie de laisser là son mari ; celui-ci, sans doute peu marri de cette mésaventure, agit en galant homme et assura spontanément à l'infidèle une pension annuelle d'un chiffre élevé. Les annuités en furent acceptées par la bénéficiaire, ce qui nous autorise à ranger cette rupture au nombre des séparations consensuelles, malgré son point de départ très peu conventionnel. La dame, évidemment par souci de régulariser cette situation illégale, intenta à trois reprises dans la suite une action en divorce, ou en séparation, dont elle fut trois fois déboutée. Le sieur de C., de son côté, se garda bien d'interrompre la régularité des paiements et de jamais lui répliquer par une demande reconventionnelle qui, elle, aurait eu toute chance de succès. Finalement ladite dame tenta de faire accroître le chiffre de la pension, mais les juges refusèrent une fois de plus de l'entendre, et le mari s'obstina dans la sagesse de sa résolution première, consolé de la perte de sa femme par la fidélité de sa dot (19).

Quant au contraire l'un des époux s'est tout d'abord tourné vers la justice, il est, dans la plupart des cas, permis de voir dans son désistement ultérieur une concession accordée à l'autre conjoint sur ses sollicitations pressantes. Or il est évident que de telles sollicitations ne peuvent venir en fait que du mari dans 895 cas sur 1.000, puisque c'est là la proportion des demandes formées par les épouses par rapport à celles des maris. En vérité, nous n'avons pas trouvé dans la jurisprudence un seul exemple de désistement unilatéral d'un mari, car si dans la procédure qui mit aux prises en 1868 les époux Grassin, c'est bien le mari qui prit l'offensive, l'épouse loin de le prier d'y renoncer pour conclure une entente, lui répliqua par une demande reconventionnelle ; en sorte que la convention du 30 juillet 1870 qui termina le procès entre eux peut paraître le résultat d'un effort

de conciliation réciproque (16). Dans l'affaire d'Hédouville, où la demanderesse consentit sur l'intervention d'amis et de parents à retirer son action, il est raisonnable de croire à une démarche préalable du mari auprès d'eux, plutôt qu'à une résolution commune spontanée (7). Sans vouloir autrement faire l'énumération complète des espèces où se trouve mentionné un abandon d'instance par la femme, ensuite de la réalisation d'un accord, on peut encore citer comme preuve de la généralité d'une initiative maritale le pacte des époux Amsallem en 1892. L'épouse mit, en effet, à son désistement cette condition révélatrice, et qui fut acceptée avec d'autres, que le mari la couvrirait de tous les frais par elle exposés en justice (21).

IV. — Cette constatation, qu'à l'origine d'un certain nombre de séparations amiables est dominante une préoccupation pécuniaire, qui peut d'ailleurs être parfaitement honorable et louable, pose la question de savoir dans quels milieux de la société on a surtout recours à de tels pactes.

Le souci du mari de sauvegarder le patrimoine des enfants, ou d'assurer la continuation de l'entreprise faisant la prospérité de la famille, laisse entendre qu'on est en présence des classes fortunées. A cet égard on trouve dans les pactes un élément d'investigation absolument sûr, qui est, lorsqu'une pension est prévue entre les conjoints, le chiffre de son annuité. Or, nous rencontrons dans beaucoup des accords qui nous sont connus un taux suffisamment élevé, pour nous permettre de conclure à l'existence d'une position sociale bourgeoise. C'est ainsi qu'en 1827 les époux de Kenny s'entendirent sur la somme annuelle de 4.000 francs (4), (ce qui représente approximativement 20.000 francs de notre monnaie d'aujourd'hui) ; qu'en 1840 les époux Eymard convinrent également de 4.000 francs (5) ; qu'en 1853 encore 4.000 francs furent fixés par les époux N. (9) ; que le sieur de Challonge octroya 16.000 francs à son épouse à partir de 1860 (19) ; qu'antérieurement à 1870 les époux de Chanay adoptèrent une fois de plus l'annuité de 4.000 francs (14) ; qu'à la même date les époux de Malherbe de Maraimbois stipulèrent d'abord 5.000 francs, puis par la suite 6.400 francs, somme à laquelle vint s'adjoindre le revenu d'une succession échue à

l'épouse, et devant lui être versée aux termes du pacte, soit 9.000 francs (35). Pour ce qui est de la convention passée en 1881 par les époux Fruneau, elle présentait cette particularité de constituer une rente viagère, dont la succession du débi-rentier prémourant devait le cas échéant, continuer le service sur la base de 4.000 francs (23). Nous savons seulement, concernant les époux de Jouvenel, que le mari servait à sa femme « une pension alimentaire considérable » (36). Bien entendu nous ne mentionnons que comme simple élément de comparaison, puisqu'il s'agit ici d'époux anglais dont la loi personnelle autorisait la séparation volontaire, le pacte conclu à Calais en 1834 entre Lord et Lady Welleslay, et qui fixait à 1.000 £ (soit 25.000 francs de cette époque) le taux de la pension prévue (37). Il est donc parfaitement exact que la pratique des séparations amiables soit répandue dans les classes possédantes.

Cependant le chef d'une famille fortunée n'agira pas toujours, en repoussant l'idée d'une séparation judiciaire et de ses conséquences, dans un dessein proprement pécuniaire. Parfois il redoutera surtout les effets d'une publicité déshonorante pour le nom et la dignité de la famille ; il sera mu en somme par un ensemble de mobiles aristocratiques. Nous pensons en ce moment à un nom, parmi les plus glorieux de ceux de l'ancienne France, qui est transcrit sur une convention de séparation déposée en l'étude d'un notaire de Dijon, mais qu'une obligation à la fois morale et professionnelle, nous empêche de faire connaître ici. Nous ne sommes pas assez ignorant des choses du droit et de leur histoire, que pour attribuer à la particule « de » une origine et un caractère nobiliaires ; cependant on doit reconnaître qu'en fait elle est revendiquée communément comme le signe d'une telle qualité. En nous plaçant à ce point de vue, la simple lecture des noms cités dans le paragraphe précédent suffit à démontrer que les pactes amiables sont d'un usage courant, aujourd'hui comme à l'époque de notre ancien droit coutumier où ils étaient l'objet d'une jurisprudence privilégiée, dans les familles à prétentions aristocratiques.

(35) C. de Paris, 9 déc. 1895. D. 96.2.133 (2e espèce).
(36) C. de Paris, 25 mai 1898. D. 99.2.309.
(37) C. de Douai, 13 mai 1846. S. 47.2.24.

Est-ce à dire que la pratique étudiée soit méconnue dans les classes plus humbles de la population ? Le prétendre serait méconnaître à la fois une vérité psychologique fournie par l'analyse, et une vérité d'expérience fournie par l'examen des faits. Et tout d'abord, il n'est pas contestable qu'il existe d'autres motifs que ceux que nous venons d'envisager, qui sont capables d'entraîner l'adhésion à une rupture amiable. Or ces motifs, qui peuvent revêtir les nuances les plus délicates du sentiment moral, ne sont pas accessibles seulement à une catégorie d'individus, mais à toutes, car leur valeur morale n'a rien de commun avec la position occupée dans la hiérarchie sociale. Il est facile de vérifier cette vérité à l'aide du même élément d'investigations que nous venons d'utiliser, et qui est le taux de la pension. Mentionnons en passant que, dans l'étude à laquelle nous venons de faire allusion, voisine avec le pacte émané des descendants du plus noble lignage un autre déposé par un simple facteur. Certes, les annuités prévues ne sont pas toujours de 4.000 francs, valeur or ! Sans parler des chiffres de 100 francs par an, en 1810, entre les époux Lebourgeois (2), et de 250 francs entre les époux Wernest en 1806 (34), on peut retenir les 2.400 francs prévus par les époux Pitté en 1889 (20), les 2.000 francs des époux Nisius en 1861 (11), les 75 francs par mois des époux Amsallem en 1892 (21), et enfin les 300 francs par mois, plus le loyer, convenus par les époux Truffaut après la guerre (26). Et surtout, il nous faut songer à tous ces accords entre conjoints gagnant chacun sa vie, où le versement d'une pension n'est jamais prévu ; l'entente ayant alors pour seul objet la garde des enfants, et restant le plus souvent verbale. Ce qui nous amène à une dernière question qui est celle de la forme du pacte.

V. — Une convention, c'est un accord de volonté, ce n'est pas le titre qui le constate. On conçoit donc facilement qu'il existe des conventions purement verbales. Effectivement, dans la pratique, les contrats d'importance minime, ou dont l'exécution par les parties est instantanée, ne sont presque jamais consignés par écrit. Par contre, les accords portant sur un objet plus important ou dont l'exécution n'est pas prévue immédiatement, c'est-à-dire où chaque partie court le risque d'avoir un jour à

en fournir la preuve, sont le plus souvent transcrits dans un titre ou instrumentum, passé sous seing-privé ou par acte authentique.

En matière de séparation conjugale amiable, où aucune règle ne requiert une forme solennelle, et même n'exige une preuve préconstituée, puisqu'il s'agit d'un acte prohibé, on doit s'attendre à rencontrer ces trois aspects possibles de la convention. On doit également pouvoir en ce domaine vérifier l'exactitude du critère général, qui fait dépendre de l'importance de l'objet du contrat, le souci des parties de lui donner une forme plus parfaite.

Il arrive en fait que des époux, en se séparant, se contentent d'un accord simplement verbal. Ce fut le cas notamment, parmi les exemples dont nous avons déjà fait état, des époux Marchand avant 1870 (15) et des époux Amsallem en 1892, ainsi qu'il résulte du texte des jugements qui intervinrent ensuite. Un arrêt de la cour d'appel de Gand du 11 janvier 1896 mentionne également semblable convention verbale (29). On est fondé à croire que cette modalité, sans frais ni formalité, est la seule usitée dans les ménages d'ouvriers, où la rupture n'entraîne jamais une liquidation compliquée, ni une adaptation délicate du contrat de mariage au nouveau *modus vivendi*. La conséquence d'un tel usage, pour un observateur limitant sa documentation aux actes écrits, et se gardant de l'observation directe des cas concrets, serait de provoquer cette conclusion que la pratique des séparations consensuelles est inconnue dans les classes pauvres. Nous nous sommes élevé déjà contre cette interprétation qui n'aurait pour excuse que la critique insuffisante des sources. Néanmoins, il paraît difficilement contestable que dans les ménages ouvriers l'abandon ou la répudiation ne soient à l'origine de nombreuses séparations de fait, plutôt qu'une véritable entente.

Lorsque la dissolution du foyer entraîne une liquidation pécuniaire, sans qu'importe d'ailleurs la médiocrité de l'avoir familial, il semble que la préoccupation commune des parties doive être de rédiger un acte affirmant leurs droits respectifs, et faisant foi de leurs deux consentements. C'est, en effet, de cette manière que procèdent d'ordinaire les conjoints, la solution la plus

commode étant alors la passation d'un acte sous seings-privés. C'est ce que firent par exemple les époux Chrétien en 1848 (18). les époux N. le 20 mars 1859 (9), les époux Thiébaut en 1869 (13) et les époux Fruneau en 1881 (24).

Enfin, la garantie de la forme authentique est recherchée parfois par des conjoints qui, s'inspirant sans doute du principe de parallélisme entre la formation et l'anéantissement des actes, s'efforcent de réaliser leur pacte de séparation suivant le mode de leur contrat de mariage. Et il est des notaires qui se prêtent à cette pratique, bien que cette convention très particulière ne figure pas dans leurs formulaires. Il faut voir là très certainement la persistance des errements suivis dans notre ancien droit. Ainsi il y a tout lieu de croire que le pacte passé entre les époux d'Hédouville en 1851 a revêtu la forme solennelle, car il est dit dans les qualités de l'arrêt d'Amiens qui nous le fait connaître, que « des conventions furent rédigées et signées tant par les parties que par leurs conseils », expression qui ne saurait viser en la circonstance que des notaires, puisqu'eux seuls sont qualifiés pour procéder à des liquidations matrimoniales (7). Pour ce qui est de la convention passée le 10 février 1865 entre les époux C., aucun doute ne saurait subsister puisqu'un jugement du Tribunal civil de Toulouse prend bien soin de nous dire que Me M. en dressa « un acte public qu'il a classé au rang de ses minutes » (17). De même l'accord conclu par les époux Grassin en 1870 fut réalisé le 30 juillet « par devant notaire », et la Chambre civile de la Cour de Cassation elle-même n'hésite pas à le qualifier d' « acte notarié » dans son arrêt du 14 juin 1882 (16). Une semblable pratique se retrouve en Belgique, ainsi que l'atteste, par exemple, le pacte des époux Demet, reçu par Me Disart, à Liège, le 1er mai 1840 (27).

L'enquête à laquelle nous avons procédé chez plusieurs praticiens à ce sujet, nous a révélé non seulement l'existence d'un certain nombre d'actes concrets actuellement appliqués, et dont nous ne pourrons nous servir qu'avec une grande réserve, mais elle nous a appris que ces actes sont couramment désignés du nom de « Pactes d'Honneur ».

§ 3. — Le contenu du pacte : les modalités juridiques utilisées par les parties.

Quand des conjoints décident aimablement de vivre désormais à part l'un de l'autre, il n'est pas suffisant que leur accord se réalise sur cette détermination pure et simple. La rupture de la vie commune entraîne par la force des choses des conséquences multiples et importantes, qui dans la procédure judiciaire sont réglées par la loi ou le juge. Puisque dans l'hypothèse de pacte la loi est méconnue et les tribunaux négligés, il est indispensable que les parties procèdent elles-mêmes, ou par mandataire, à cette liquidation du passé et à la prévision de l'avenir.

Les pactes renfermeront donc, en principe, une déclaration liminaire relative à la séparation elle-même, motivée quelquefois, plus souvent dépourvue de toute explication, puis les différentes clauses arrêtées entre les conjoints pour rendre possible et durable ladite séparation. C'est ainsi, par exemple, que la convention passée entre les époux Fruneau portait expressément, avant le texte des conditions prévues, qu '« à partir de ce jour [30 mars 1881] la séparation de corps entraînant la séparation de biens existait entre eux, avec tous les effets attachés à la séparation judiciaire (23) ».

Ce sont ces clauses destinées à assurer pratiquement la persistance de la rupture, que nous allons plus spécialement envisager sous ce titre « le contenu du pacte », sans nous attarder davantage à la déclaration initiale. Mais avant d'aborder le détail de cette réglementation contractuelle, nous devons présenter une observation générale, concernant la forme de ces clauses. En principe, avons-nous dit, elles seront insérées dans le même acte que la déclaration de volonté relative à la vie séparée et à sa suite, en sorte qu'elles apparaîtront manifestement liées à elle comme l'effet à sa cause. L'acte se présentera alors tout entier comme fait ouvertement au mépris de la prohibition légale. Tous les époux cependant, ou leurs conseils, n'auront pas l'audace de cette franchise, ou la résignation de rédiger un acte nul, incapable d'exécution forcée. Ils préfèreront tourner la loi plutôt que de se mettre en contradiction avec elle ; ils essaieront

de détacher la conséquence de sa cause, et de se ménager peut-être ainsi la possibilité d'une sanction judiciaire, en cas d'oubli de ses promesses par l'une des parties. Dans ce but ils feront appel aux ressources des praticiens, dont la subtilité n'est jamais en défaut pour assouplir la rigidité des textes, lorsque les circonstances l'exigent. Les procédés pourront varier quant au choix des mesures appropriées, notamment dans le domaine pécuniaire pour tenir lieu de séparation de biens ; mais leur caractère essentiel et commun consistera toujours dans l'effacement de la « cause », ou dans la confection d'un instrumentum distinct du pacte de séparation proprement dit. Non seulement les parties se garderont de révéler le but qu'elles poursuivent, elles iront même parfois jusqu'à prendre soin d'indiquer une fausse cause ne violant pas la loi, comme celle de longue absence de la part du mari, et pouvant expliquer la conclusion des conventions envisagées (38).

Les deux espèces de titres, sincère et déguisé, pourront parfois coexister et faire apparemment double emploi, les uns devant couvrir les autres et pallier, le cas échéant, à leur nullité radicale. Dans le cas précité des époux Fruneau on rencontre concurremment un pacte complet de séparation, réglant la liquidation totale de la situation antérieure, réalisé par acte sous seings-privés, et, d'autre part, une procuration notariée, en outre d'une donation par actes séparés, passée devant Me B. M., notaire, à Paris. De même les époux Ladey de Dijon rédigèrent à la fois un mandat par devant notaire, et un procès-verbal de liquidation par acte sous seings privés, établi et reçu en fait par le même notaire (19-2o).

En réalité, la distinction des conventions en deux groupes, suivant le caractère sincère ou déguisé du titre qui les constate, ne se limite pas simplement à une question de forme. En cette matière comme en beaucoup d'autres, la forme influe sur le fond. Il est évident que rien n'empêche les auteurs d'une convention franchement nulle d'imiter en tous points les effets d'un jugement, et de prévoir une séparation vraiment complète des personnes et des intérêts. Au contraire, les parties qui se sou-

(38) Req. 12 janv. 1808. S. 08.1.145.

cient de présenter des actes ayant une apparence de légalité, sont forcément limitées dans leur dessein, et ne peuvent réaliser qu'une séparation partielle, laissant subsister certaines conséquences du mariage ou du contrat de mariage, qu'un jugement aurait effacées. En somme, la séparation conjugale volontaire s'effectue pratiquement de deux façons, pouvant d'ailleurs jouer cumulativement, soit ouvertement et totalement à l'instar du mode judiciaire, soit par des moyens déguisés, se proposant de tourner la loi en ayant l'air de la respecter, mais dont la portée se trouve par là-même plus restreinte.

Examinons la teneur des différents pactes, en ce qui concerne la personne des époux, le sort des enfants, et le régime des biens. Alors que le statut légal est dans l'ensemble uniforme et rigide, le statut conventionnel est par essence variable avec chaque espèce. Il laisse place à une appréciation très souple des exigences particulières du cas envisagé. Il existe donc sur chaque point des solutions concrètes, et non pas des solutions types.

I. — *a)* Les époux séparés par justice sont dispensés du devoir de cohabitation, c'est là l'objet essentiel de l'institution. A partir du jugement, la femme est donc libre de fixer son domicile où il lui plaît. Il en va de même le plus souvent, sans doute, lorsque la séparation est conventionnelle, soit que le pacte ne dise rien à ce sujet, soit que le mari y précise comme le fit le sieur N., en 1853 : « je consens à ce que ma femme fixe sa résidence où bon lui semblera (9) ». Mais précisément cette liberté peut être soumise à des restrictions. Ainsi le sieur de Kenny prétendit obliger son épouse à se retirer à Paris chez la dame de Raoul sa tante, et subordonner l'exécution des autres clauses à l'observation de cette condition (4). De même encore, le sieur de Chanay imposa à sa femme d'habiter chez son père, et se prétendit libéré de ses obligations lorsqu'elle quitta cette résidence (14). La dispense d'habitation commune n'est pas habituellement limitée par un terme, néanmoins on peut citer comme exception le contrat des époux Thiébaut, qui fixait à trois ans la durée de la séparation prévue (13).

b) La femme mariée est rangée par le Code au nombre des incapables. Toutefois, la loi du 6 février 1893 lui a restitué le

plein exercice de sa capacité civile lorsqu'elle est séparée de corps (art. 311-1° c. c.) ; cette indépendance juridique étant désormais présentée comme le corollaire de son indépendance corporelle. Par l'effet du jugement elle se trouve, par suite, dispensée de toute autorisation maritale ou de justice. Dans l'hypothèse de séparation consensuelle, au contraire, elle demeure en principe soumise à la nécessité d'une autorisation pour accomplir des actes valables.

Cependant cette incapacité juridique de l'épouse, bien que très étendue, n'est plus absolument générale. Elle a été restreinte par plusieurs lois récentes dont la plus importante, celle du 13 juillet 1907, lui a attribué la libre disposition et jouissance de ses gains et économies personnels, lorsqu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari. En outre, en vertu de l'institution jurisprudentielle du « mandat tacite », elle peut accomplir seule durant la vie commune les actes ménagers. Elle peut donc, dans certaines limites, agir valablement sans autorisation. Mais comme ces deux mesures, de nature à rendre plus faciles les désunions de fait, ont été prises par le législateur, ou par les tribunaux, en considération de l'existence conjugale normale, nous devrons rechercher si elles jouent, et dans quelles conditions, au cas de séparation volontaire. Nous examinerons cette question au cours de notre étude de la jurisprudence.

Il pourra se faire que les parties se contentent de cette situation laissant subsister la prédominance du mari ; cela dépendra des circonstances et notamment des causes de la rupture. Mais le plus souvent la gêne en résultant, ou la soumission qu'elle implique, apparaîtront incommode ou insupportable à l'épouse. Les deux contractants décideront alors d'adopter le statut légal, ou se mettront d'accord sur un statut intermédiaire modelé sur les exigences de l'espèce.

Comment s'y prendront-ils pour réaliser leur dessein ? Le procédé le plus simple consisterait évidemment de la part de l'époux, à donner par avance son autorisation pour l'accomplissement par sa femme de tous les actes envisagés. Malheureusement, aux termes de l'article 223 du Code civil, dont l'article 1538 fait une application particulière, toute autorisation générale est nulle ; elle doit être spéciale et viser la conclusion d'un acte par-

ticulier. Bien entendu, cette nullité n'arrêtera pas les auteurs d'un « pacte sincère », où l'on trouvera souvent une prescription de cette nature. Par exemple, le sieur de Kenny autorisait sa femme à toucher sur ses seules quittances les revenus de ses biens propres (4), et le sieur Thiébaut habilitait la sienne à l'administration de ses propres (13). La clause prévoyant la production par la rupture amiable de « tous les effets attachés à la séparation judiciaire (23) » renfermera implicitement une telle disposition.

Pour ce qui est, au contraire, des époux soucieux de couvrir leur situation d'une apparence de légalité, ils devront renoncer à l'idée d'autorisation. L'expédient auquel ils auront recours, comme étant le plus propre à produire un résultat analogue, sera la constitution d'un mandat ; car aucune règle n'empêche de choisir un incapable pour être mandataire. Toutefois les effets du mandat seront loin d'être les mêmes que ceux de l'autorisation. La femme pourra bien conclure valablement les actes spécifiés, mais elle n'agira pas en son nom propre ; c'est en la personne du mari mandant que naîtront les droits et les obligations dont elle croira devenir titulaire. De plus, celui-ci pourra toujours lui retirer sa procuration. Malgré de tels inconvénients, pouvant aboutir à dépouiller la femme, ou à accroître injustement les charges du mari, il n'est pas rare de voir adjoindre un mandat au pacte de séparation. Son contenu sera plus ou moins large. La procuration adjointe au pacte des époux Fruneau, qui lui-même contenait implicitement une autorisation générale, donnait à la femme le pouvoir de toucher le revenu de ses biens et de ceux de la communauté à elle attribués, ainsi que le pouvoir d'aliéner lesdits biens (23). Dans une constitution de mandat réalisée devant notaire à Dijon en 1927 et enregistrée, la liste des actes prévus est si complète, qu'elle équivaut pratiquement pour la femme à la restitution de sa capacité (39).

c) La séparation judiciaire ne porte pas atteinte aux devoirs réciproques de fidélité et de secours, que le mariage fait naître entre les époux ; elle laisse également subsister l'obligation alimentaire qui s'y rattache, puisque le lien conjugal n'est pas

(39) V. *infra*, pièce justificative, n° 9.

brisé par le jugement. Le mari ou la femme, qui n'aura pas de ressources suffisantes pour vivre, pourra donc demander dès l'instance en séparation, ou postérieurement, que son conjoint, s'il se trouve dans une situation meilleure, soit condamné à lui servir une pension. Presque tous les pactes de séparation prévoient de même le versement d'une somme annuelle au contractant démuni de revenus. Il n'est pas utile que nous insistions sur cette stipulation, dont nous avons déjà démontré l'existence pour en tirer des conclusions quant à la situation sociale des parties. Qu'il nous suffise de mentionner que la charge de cette pension varie en fait, suivant que le mari conserve l'administration de tous les biens du ménage, ou que la jouissance de ses propres ou de sa dot est restituée à la femme. Lorsqu'il n'intervient pas une véritable liquidation du régime, il n'est pour ainsi dire pas d'exemple où le mari ne soit constitué débiteur d'une rente, devant être prélevée sur les revenus des propres de l'épouse ou de sa dot. La plupart des cas que nous avons cités peuvent illustrer cette proposition. Dans l'hypothèse contraire, c'est la femme qui en assume le plus souvent la charge, s'agissant de ménages fortunés ; ou bien encore aucune pension n'est prévue dans la convention. Ainsi les époux Pitté n'ayant conclu leur pacte amiable, qu'après qu'un jugement de séparation de biens eût permis à la femme d'effectuer valablement ses reprises, il fut convenu entre eux qu'elle verserait à son mari 2.400 francs par an (20). De même les époux Eymard s'étant mariés sous le régime de séparation, circonstance supprimant en principe toutes difficultés, ce fut encore l'épouse qui lors de la séparation consensuelle consentit à son mari une pension de 4.000 francs (5). De même encore la dame Fruneau, en recouvrant par l'effet du pacte la jouissance de sa fortune personnelle et de sa part de communauté, s'engagea envers son mari à lui servir une rente viagère de 4.000 francs (23). Comme exemples de rupture volontaire suivie d'une liquidation amiable complète où, par contre, aucune pension ne fut prévue, on peut citer le cas des époux Chrétien (18) et celui des époux Thiébaut (13).

Le versement d'une somme globale et annuelle est le mode le plus fréquemment choisi pour assurer des aliments, c'est-à-dire tout ce qui est indispensable à l'existence, à l'époux dé-

pourvu de ressources. Cependant il serait loisible aux parties, puisqu'elles se placent sur le terrain contractuel, de prévoir tout autre procédé qui pourrait leur paraître plus adéquat. Au lieu d'un chiffre rond, on rencontre parfois dans les pactes un compte plus ou moins détaillé dont chaque élément est pourvu d'une affectation ; ainsi les 90 francs par an accordés, parmi d'autres sommes, à la dame Nisius en 1865 pour son chauffage (11). Parfois le débiteur de la pension prend, en outre, à sa charge des obligations non évaluées en argent, comme celle de payer le loyer de son conjoint (26) ; parfois même il assume des prestations non pécuniaires comme celle de le loger dans un immeuble lui appartenant (6).

Le désir de soustraire une disposition aussi capitale à l'invalidité résultant de la loi, inspire également aux conjoints les combinaisons les plus ingénieuses. L'une des plus curieuses, et des plus intéressantes, car elle suggère un rapprochement imprévu avec l'institution anglaise des « *trustees* », en tant qu'elle fait intervenir un tiers pour couvrir l'incapacité d'une partie, est rapportée par un arrêt de la Cour de Bruxelles du 30 décembre 1925 (30). Par acte authentique du 16 juillet 1924 enregistré, les époux D., avaient cédé à un sieur M., une maison avec le terrain adjacent et tous les meubles et objets la garnissant, pour le prix de 11.000 francs. Rien que de très normal jusqu'ici, mais nous allons voir que la stipulation concernant le paiement l'était beaucoup moins. En effet, l'acheteur s'engageait pour acquitter sa dette, et obligeait à cette fin solidairement ses héritiers, à entretenir sa vie durant dans la maison vendue la dame D., « à la nourrir, vêtir, blanchir convenablement, pourvoir à tous ses besoins tant en cas de santé qu'en cas de maladie, la veiller à son chevet, lui fournir tous les soins réclamés par sa santé, payer les frais de médecin et de pharmacien, et, à son décès, à faire célébrer les funérailles selon son état. » Par prudence, il était en outre prévu dans l'acte « qu'en cas de désaccord entre parties, pour tous motifs quelconques de la part de l'une ou de l'autre, la dame venderesse D., pourrait exiger au lieu et place de l'entretien, une rente annuelle et viagère de 1.000 francs, indépendamment de l'habitation, payable par trimestre et par anticipation. » N'était-ce pas assurer le

plus habilement du monde l'exécution forcée des clauses d'un pacte déguisé ?

II. — La séparation de corps ne modifie pas simplement les relations des conjoints entre eux, mais encore leurs rapports avec leurs enfants. C'est le tribunal qui statue dans la procédure contentieuse (sans qu'il lui soit d'ailleurs interdit, le cas échéant, de sanctionner l'accord des deux parents (40), sur les difficultés soulevées par l'exercice de la puissance paternelle en s'inspirant uniquement de l'intérêt des mineurs), et qui décide sur l'attribution à l'un ou à l'autre d'entre eux des différents droits qu'elle comporte. Les pactes de séparation renferment d'ordinaire des stipulations analogues. Pour ce qui est des droits relatifs à la personne : garde, visite, entretien, éducation, leur transfert ne peut être l'objet d'aucun acte déguisé, aussi sont-ils ouvertement visés dans la convention. On voit, par exemple, le sieur Nisius promettre 600 francs par an à sa femme pour l'entretien de son fils habitant avec elle (11) ; le sieur R., accorder également une pension payable à son épouse pour les besoins de sa fille (41). Par contre le sieur N., voulant conserver sur ses enfants « son autorité absolue », ainsi qu'il l'énonçait expressément, s'en réservait la garde (9). La rédaction des clauses de cette espèce est, en fait, plus ou moins précise et complète. Le droit reconnu à la mère, dans le contrat notarié des époux Demet, de visiter ses enfants, soit au domicile du mari constitué gardien, soit dans les maisons d'éducation par lui choisies, était simplement stipulé comme devant s'exercer « aussi souvent qu'il sera convenable (27) ». La disposition capitale de la convention passée en 1861 entre les époux W., prévoyait au contraire, d'une façon très stricte, que « l'enfant devrait rester confié alternativement et par période de six mois à chacun d'eux (42) ».

Pour ce qui est, d'autre part, des droits d'administration et de jouissance des biens possédés en propre par les mineurs, droits régis par les articles 384 et 389 du Code civil, ils posent en cette matière, du moins quand c'est la mère qui assure la garde

(40) Req. 16 juil. 1903. S. 05.1.318 ; Req. 21 janv. 1925. D. H. 25.99.
(41) C. de Paris, 8 fév. 1912. S. 14.2.209.
(42) C. d'Alger, 27 juin 1864. S. 64.2.288.

et l'entretien de ceux-ci, un problème délicat mais rare ; car il est peu fréquent que les enfants aient un véritable patrimoine, alors que leurs deux parents sont encore en vie. Leur exercice ne pourra guère dans ce cas être transféré à l'épouse, après la remise effective des biens dont il s'agit, que par le moyen d'un mandat. De même, lorsqu'il existera à la charge de cette dernière des enfants nés d'un précédent mariage, dont elle aura à gérer les biens en qualité de tutrice, c'est encore par le jeu d'une procuration, ainsi que l'atteste le pacte déjà cité conclu à Dijon en 1927, que sera éludée l'obligation de recourir au mari co-tuteur dans l'accomplissement de cette fonction.

III. — Nous arrivons maintenant à la question du régime des biens entre époux. Dans la séparation de corps judiciaire, telle qu'elle est organisée par le code, le jugement entraîne de plein droit dans tous les cas, sans que les parties aient à formuler une demande spéciale, une séparation de biens qui est dite accessoire (art. 311-2° c. c.), c'est-à-dire dans la plupart des espèces une liquidation et un changement de régime. Cette solution de la législation française s'inspire d'une conception aisée à justifier, étendant au domaine patrimonial l'indépendance réciproque des époux ; elle a de plus pour avantage certain de couper court à des difficultés postérieures. Si elle apparaît ainsi légitime, sous les réserves néanmoins que nous avons formulées plus haut, il est évident qu'elle ne découle pas d'une nécessité absolue tenant à la nature des choses, puisque le législateur italien l'envisage comme une déchéance, c'est-à-dire ne l'accorde pas dans toutes les hypothèses, du moins quand les époux sont mariés sous le régime dotal. On peut donc dire que la séparation de biens est souhaitable, en tant qu'elle rend plus complète et plus parfaite la séparation de corps, mais que néanmoins, grâce à diverses mesures comme l'octroi d'une pension, cette dernière peut jouer malgré la persistance du contrat de mariage. L'examen des pactes apporte à cette proposition une démonstration facile. Ils se répartissent, en effet, en deux catégories suivant qu'ils règlent la liquidation définitive des intérêts communs antérieurs, ou qu'ils prévoient seulement des mesures destinées à rendre possible la vie séparée des conjoints, sans anéantir les effets du

régime primitivement adopté. Les premiers sont établis ouvertement au mépris de la prohibition spéciale de l'article 1395 du Code civil, qui vient ainsi accroître l'efficacité de l'interdiction de l'article 307 (à moins que ce ne soit plutôt ce dernier texte qui ait reçu mission d'étendre la portée du premier), et qui proclame l'immutabilité des conventions matrimoniales. Les seconds au contraire peuvent constituer des actes déguisés.

a) Parmi les conventions imitant complètement les conséquences d'un jugement, il ne semble pas qu'il faille distinguer suivant la nature des divers régimes. En fait, on rencontre également des partages de communauté, légale ou réduite aux acquêts, et des restitutions de dot. On lit par exemple, s'agissant d'une liquidation de communauté réduite aux acquêts, les dispositions suivantes dans un pacte conclu à Dijon :

« La soussignée Mme X., veuve en premières noces de M. Z.,
« et épouse en deuxièmes noces de M. Y., demeurant à Dijon...
« Reconnaît avoir reçu dudit M. Y., son mari demeurant à
« Dijon... (autre lieu).
« 1° Tous les biens apportés par Mme X., dans son contrat
« de mariage reçu par Me... notaire à Dijon le..., et qui existent
« encore, savoir ...
« 2° Les sommes suivantes provenant des biens apportés en
« mariage et réalisées pendant ce mariage, savoir : ... Total : ...
« De laquelle somme il a été retranché les sommes suivantes ...
« payées par la communauté.
« Différence remise à Mme X... »
« 3° Et les valeurs suivantes appartenant personnellement
« aux deux enfants mineurs de Mme X., nés de son premier
« mariage avec M. Z., savoir : « ...
« Desquelles valeurs, objets mobiliers, trousseau et espèces,
« Mme X., donne à son mari décharge entière et définitive, s'en-
« gageant formellement à n'adresser aucune réclamation à son
« mari dans l'avenir, au sujet de ses biens, qui seront à ses ris-
« ques et périls à partir de ce jour...
Dijon, le... »

On peut encore rappeler le règlement de communauté, comportant reprise de ses apports par la femme, acceptation par

elle de la communauté évaluée à 30.000 francs, mais réduite de 14.000, montant des reprises du mari, effectuée en 1881 par les époux Fruneau, et accompagnée d'une procuration authentique lui permettant de toucher le revenu de ses propres, des biens lui revenant de la communauté, ainsi que le droit de les aliéner (23). On peut également mentionner, sans vouloir établir une plus longue énumération qui serait inutile, la liquidation opérée sous signatures privées par les époux Thiébaut en date du 16 novembre 1869, qui restituait à l'épouse l'administration de ses propres et lui accordait le retrait immédiat des meubles apportés par elle en mariage, ainsi que des effets et du linge à son usage personnel (13) ; et encore le partage amiable de communauté visé dans un jugement du tribunal civil de Bruxelles du 4 juin 1864 (28).

Pour ce qui est des conjoints mariés sous le régime dotal, il apparaît certain qu'ils n'hésitent pas parfois à effectuer une restitution anticipée de la dot, malgré les risques que fait peser sur le mari une telle opération. Un arrêt de la Cour de Caen rapporte bien que le sieur Lebourgeois s'obligea dans un pacte à rembourser à son épouse les 1.000 francs qu'elle lui avait apportés comme dot mobilière, mais il ne nous dit pas s'il y avait eu dans le contrat de mariage élection du régime dotal (2). Par contre la teneur de la convention conclue entre les époux Chrétien le 6 juin 1848, nous est conservée d'une façon suffisamment complète, et nous savons que lesdits mariés avaient adopté le régime dotal, assorti d'une communauté d'acquêts. Après deux ans de mariage, pour cause d'incompatibilité d'humeurs, ils résolurent donc de se séparer, et, à cet effet, signèrent avec l'assistance de leurs parents un acte sous seings-privés, aux termes duquel chacun d'eux reprenait la libre disposition de sa personne et de ses biens. Onze ans plus tard, à la suite du décès de son beau-père qui avait concouru à l'acte, le sieur Chrétien recevait l'assurance formelle qu'il ne serait jamais inquiété au sujet du pacte précédent, pas plus en ce qui concerne la restitution de la dot, qu'en ce qui touche la remise de la part de la femme dans les acquêts de la communauté (18). De même, le régime dotal avait étéadopté par les époux Abadie en 1846, et de même lorsqu'ils se séparèrent en 1855, le mari restitua à sa femme toute sa dot,

soit 2.000 francs d'argent et divers meubles évalués 1.000 fr. (43).

Lorsqu'enfin les époux qui se quittent à l'amiable ont fait choix en se mariant du régime de séparation de biens, la plupart des difficultés relatives à leur statut patrimonial s'évanouissent, notamment celles soulevées par la règle d'immutabilité. La question par conséquent présente moins d'intérêt. Il n'y a, en effet, pas de partage à faire ni de restitution à opérer, puisque chaque époux a gardé l'administration et la jouissance de tous ses biens. Cependant une règle légale est susceptible de gêner parfois les parties, dans le passage de la vie commune à la vie séparée ; c'est celle contenue dans l'article 1537 du Code civil, qui met à la charge de la femme l'obligation de contribuer aux dépenses du ménage suivant le taux prévu dans le contrat, ou, à défaut de fixation conventionnelle, jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. Or, les dépenses communes venant en grande partie à disparaître en même temps que l'union personnelle des époux, on conçoit que la modification ou même la suppression de cette contribution immuable puisse sembler désirable. Leur décision à ce sujet sera influencée par diverses considérations, notamment par celles tirées de l'existence d'enfants communs, suivant que le soin de leur entretien et de leur éducation sera confié au père ou à la mère ; car tous deux devront continuer à supporter ces frais, et non pas celui-là seul qui en aura la garde. De même, lorsque le mari se verra obligé par sa situation, ou les circonstances, de conserver pour lui seul toute l'habitation auparavant conjugale, et de garder le même train de vie, la contribution de la femme pourra, quand c'est elle qui sera la plus fortunée, et surtout lorsqu'elle aura la responsabilité de la rupture, être seulement réduite et non pas supprimée. Ainsi le pacte conclu par les époux Eymard, qui s'étaient mariés sous le régime de séparation, renfermait de la part de la femme l'engagement de payer une somme de 4.000 francs par an, « pour sa part contributive dans les dépenses de la maison de son mari (5) ». Dans tel autre pacte auquel nous pensons, déposé dans une étude dijonnaise, l'épouse s'obligeait à remettre annuellement à son mari 10 % de ses revenus, jusqu'au moment

(43) Trib. de Barège sous Peau, 13 juin 1866. S. 67.2.41.

où celui-ci serait mis à la retraite, et 20 % à partir de cette date à raison de la diminution de ressources produite par cette mesure.

b) Tous les époux, avons-nous dit, ne procèdent pas en se séparant à une dissolution complète de leur contrat de mariage, ou de la communauté légale ayant existé entre eux ; soit qu'une mesure aussi radicale ne leur semble pas nécessaire, soit que le mari recule devant les dangers que la nullité d'une telle opération présente à son encontre. Par exemple le sieur deChanay, marié sous le régime dotal, s'engageait simplement dans le pacte conclu avec sa femme à lui restituer tous les revenus de sa dot, au moyen d'une pension égale à leur montant (14). De même le sieur N., marié lui aussi sous le régime dotal, promettait seulement à sa femme de lui payer une part des revenus de sa dot, « le surplus devant être employé à l'éducation de sa plus jeune fille (9). » Pour sa part le sieur Gaultier, régi par une convention exclusive de communauté, renonçait au moyen d'une procuration à la jouissance et à l'administration des propres de sa femme (12). Également le sieur de Kenny se bornait à autoriser son épouse à toucher sur ses seules quittances les revenus de ses biens propres, en outre d'une pension qu'il s'obligeait à lui verser (4). De son côté le sieur Demet, outre la promesse d'une pension, déclarait sans plus dans le pacte se charger des dettes de la communauté, et des frais d'entretien et d'éducation des enfants communs (27). Une illustration assez curieuse de cette attitude prudente, satisfaite par des demi-mesures, est trouvée dans la convention des époux Grassin. Lesdits conjoints, en se séparant en 1870 par acte conclu par devant notaire, procédèrent à une liquidation de leurs intérêts ; le mari se reconnut débiteur d'une somme de 50.000 francs envers sa femme, somme comprenant 23.656 francs montant de diverses indemnités, 15.000 francs pour lui tenir lieu des intérêts, et 11. 344 francs pour lui tenir lieu de l'engagement, pris par lui dans le contrat de mariage, de pourvoir seul à l'entretien du ménage et de sa femme ; ces deux derniers chiffres trouvant leur justification dans la clause rendant exigible cette somme de 50.000 francs, seulement au lendemain du décès de son débiteur, et sans intérêt. Ainsi se trouvait

réalisé habilement un règlement de compte définitif, qui avait néanmoins l'avantage de ne pas exposer le mari au risque d'un second paiement, et de ne pas le dépouiller de son vivant (16).

Voilà pour les documents judiciaires. Si nous consultons maintenant les renseignements que nous avons recueillis dans une enquête directe auprès des praticiens, nous voyons que parfois le notaire est appelé à jouer un rôle, non seulement dans la confection, mais dans le fonctionnement de ces séparations incomplètes. C'est lui qui est chargé par exemple, de gérer la fortune du ménage, maintenue en une masse unique, et de remettre à chacun des époux la part qui lui est attribuée par le pacte ; le mari lui donnant quittance chaque année du compte de ses deux versements. Ou bien c'est le mari qui administre personnellement les biens, mais il remet au notaire la part des revenus attribués à son épouse, accompagnée de son compte de gestion lorsque cette part est déterminée par une proportion. Après la vérification du compte, celui-ci a mission de transmettre ladite somme à la femme. Nous connaissons un cas où deux notaires sont chargés de ce partage périodique des revenus. Ces praticiens sont donc, peut-on dire, les gardiens du pacte, gardiens en ce sens que souvent le titre est confié à leur soin, et encore en cet autre sens qu'ils s'efforcent de le faire fidèlement observer par ses deux auteurs.

IV. — Les diverses catégories de clauses que nous venons d'analyser se retrouvent dans la plupart des conventions, car elles sont imposées par la situation elle-même. Toutefois ce ne sont pas les seules qui s'y rencontrent. Puisque les parties se placent sur le terrain de l'autonomie de la volonté, elles sont parfaitement libres de prévoir toutes autres solutions qui peuvent leur paraître utiles. Nous verrons au prochain paragraphe qu'on rencontre parfois des stipulations ayant pour objet de garantir l'exécution de l'accord.

Une autre disposition qui est assez fréquente, et qui donne à penser que l'acte envisagé est bien au fond une transaction, ou du moins qu'il a souvent ce caractère, est celle par laquelle une partie, ou les deux, déclarent renoncer à la poursuite judiciaire déjà entamée, ou à leur droit de fonder une demande sur les

torts qui ont amené la rupture. Une telle clause de désistement ou de renonciation ayant pour but, semble-t-il, de constituer au profit de l'époux, en faveur de qui elle est insérée, une fin de non-recevoir contre toute action qui serait introduite, ou reprise, au mépris du pacte. Ainsi les époux Demet déclaraient au début de la convention qu'ils passaient pour se séparer qu'ils s'y étaient déterminés « dans la vue de prévenir toute contestation judiciaire entre eux et d'en effacer les causes », et qu' « au moyen de cet accord chacun des deux époux renonçait à tous griefs qu'il se croirait en droit de faire valoir contre son conjoint, tout le passé étant complètement et réciproquement effacé entre eux (27). » L'efficacité de cette clause est parfois soumise expressément à l'observation fidèle de l'accord. Ainsi le pacte précédent stipulait que celui qui dans un délai de huit ans refuserait de l'exécuter ne pourrait se prévaloir de cette disposition. De même la dame d'Hédouville ne consentait à remettre au juge de l'enquête son désistement, que sous la condition que le pacte serait mis à exécution, « et sans que dudit désistement puisse se tirer aucune fin de non-recevoir contre son action en cas d'inexécution des dites conventions, laquelle action pourrait alors reprendre son cours (7) ». De même le pacte Pitté contenait semblable désistement conditionnel (20).

Parmi les dispositions que nous avons encore rencontrées, tant dans les pactes eux-mêmes que dans les actes annexes ou déguisés, sans que par contre elles paraissent habituelles, nous pouvons citer celles visant plus spécialement des questions de succession ; par exemple l'abandon par les époux Chrétien, pour eux-mêmes ou leurs représentants, des gains de survie prévus dans leur contrat de mariage (18) ; l'engagement par le sieur de Malherbe de Maraimbois de verser à sa femme l'intégralité des revenus d'un héritage attendu par elle, somme qui aurait dû entrer en communauté (35) ; et encore la donation réciproque consentie par les époux Fruneau, et dont la cause était exprimée, non pas dans les deux actes notariés qui l'établissaient, mais dans le pacte formé sous seings-privés. On lisait, en effet, dans ce contrat : « pour assurer l'exécution de leurs conventions, pendant leur vie, et après le décès du prémourant, ils ont signé aujourd'hui par actes séparés,passés devant Me Ber-

trand-Maillefer, notaire à Paris... M. Fruneau, une donation entre époux au profit de Mme Fruneau, en cas de survie de cette dernière, d'une somme de 30.000 francs à prendre dans la succession de M. Fruneau... et Mme Fruneau, une donation entre époux, au profit de M. Fruneau, en cas de survie de ce dernier d'une rente annuelle et viagère de 4.000 francs incessible et insaisissable (23). »

Mentionnons encore la renonciation de la dame Garnery à son hypothèque légale (24).

Tels sont les divers ordres de question que les conjoints ont à envisager quant ils se séparent à l'amiable, et les procédés auxquels ils ont recours pour les résoudre.

§ 4. — La valeur du pacte au regard des parties : comment en fait sont observées les conventions.

Il ne suffit pas de connaître les dispositions que renferment d'ordinaire les pactes pour pouvoir apprécier leur portée, il faut encore savoir si effectivement ils sont mis à exécution et observés par les parties.

L'étude de la valeur des conventions de séparation doit être envisagée au regard des époux, c'est-à-dire indépendamment du point de vue légal ou judiciaire, et ce faisant, il faut se placer successivement à deux moments. On doit, tout d'abord, se demander quelle est la pensée de ses auteurs lors de la formation de l'accord, quelle force exécutoire ils lui reconnaissent alors. C'est là une question qu'il n'y a pas lieu de poser en ce qui concerne les autres contrats permis par la loi, car peu importe l'idée que peuvent se faire à ce sujet les contractants, seule importe l'opinion des juristes qui sont appelés, le cas échéant, à en décider. Ici, au contraire, où les faits sont en révolte contre la loi, où il existe un fossé entre le droit écrit et les mœurs, il n'est pas suffisant de s'en tenir au point de vue légal. Il eût été peut-être plus logique de placer cette étude subjective dans l'exposé relatif au consentement, mais nous croyons qu'il est préférable de ne pas la séparer de la question suivante qu'elle contribue à éclairer. On doit rechercher en second lieu, d'une

manière objective, et postérieurement dans le temps, quelle force exécutoire possèdent en fait les pactes ; c'est-à-dire rechercher s'ils demeurent appliqués jusqu'à la réconciliation ou la mort, ou si au contraire les parties les considèrent bientôt comme des « chiffons de papier » ne créant pas d'obligation, et rejoignent ainsi le point de vue légal, après un éloignement simplement provisoire.

I. — Quelle est l'intention des parties au moment où elles prennent les engagements qui sont transcrits dans le pacte ? Pensent-elles conclure un acte valable en droit, ou savent-elles qu'il est prohibé par le Code ? La réponse est aisée à formuler, car nombreux sont les actes qui par leur texte même, ou par la circonstance qu'ils sont déguisés, ou encore par l'intervention qu'ils mentionnent d'un jurisconsulte, révèlent la parfaite connaissance qu'ont eue leurs auteurs de leur contradiction avec le Code civil. C'est à peine si l'on peut citer un exemple où il fut allégué en justice, par un héritier du mari, que les époux, ou du moins l'un d'entre eux, avaient cru à la validité de la séparation consensuelle ; et, circonstance étonnante, où il fut prétendu que l'erreur avait été provoquée par les dires du notaire rédacteur de l'acte, affirmant que la « convention était valable, légale et inattaquable (17) ». Quoi qu'il en soit de cette espèce où la preuve offerte ne fut pas retenue, on peut avancer que, sauf exceptions vraiment rares, le choix de ce mode par les conjoints n'est pas le résultat d'une croyance erronée à sa légalité, mais bien celui d'une résolution prise en pleine connaissance de cause.

Les époux entendent-ils donc former un pacte ne les obligeant pas ? Il est évident qu'il n'en est rien, sauf le cas d'adhésion fictive de la part de l'un d'eux, ne donnant son consentement qu'en tablant sur son défaut de force exécutoire. Hors cette hypothèse frauduleuse, ils ont bien en vue de s'engager l'un envers l'autre, sans quoi leur démarche serait un acte vide de sens. Comment comprennent-ils alors la portée de leur consentement ? Nous sommes renseignés sur ce point par l'expression même qu'ils emploient très souvent pour caractériser leur accord : c'est un pacte d'honneur (19-2°). Ainsi les époux Fruneau « s'engageaient d'honneur » à maintenir leurs conventions même

après le décès du prémourant (23) ; de même les époux C., dans l'article 11 du contrat par lequel ils se séparaient, s'engageaient à l'exécution de l'acte « en honneur, loyauté et confiance (17) ; » de même encore la dame X. insérait à la fin du reçu des restitutions faites par son mari, une clause libellée dans les termes suivants : « Dans le cas où interviendrait... une séparation de biens judiciaire, Mme X. prend l'engagement d'honneur de se considérer comme remplie de ses reprises et de ses droits dans la communauté, et de renoncer purement et simplement à la communauté (44). »

Engagement d'honneur ; les parties entendent par là se soumettre à une obligation tirant sa valeur et sa force, non de la coercition possible de l'autorité publique, mais de celle plus impérieuse de leur conscience, punissant d'une flétrissure morale le manquement à la parole donnée. Un lien d'honneur pour un homme loyal et probe, c'est un lien plus fort qu'un simple lien de droit. Il ne faudra donc pas s'étonner si nous établissons qu'en fait beaucoup de conventions sont respectées à l'égal d'une décision de justice.

Mais il peut arriver que l'un des époux n'ait pas confiance dans la parole de l'autre, et cherche à se garantir contre l'éventualité d'un refus d'exécuter l'accord. Pourra-t-il exiger que le pacte soit assorti de sûretés ? Une telle précaution serait le plus souvent, il semble même toujours, illusoire ; car si l'objet de l'engagement principal est nul d'une nullité d'ordre public, la sûreté doit partager son invalidité. Néanmoins, dans le même ordre d'idée, on rencontre parfois dans les pactes une clause pénale, destinée de toute évidence à renforcer l'obligation. On la trouve, par exemple, dans l'accord des époux Lebourgeois, devant jouer au bénéfice de la femme « dans le cas où le mari, faute d'exécuter le traité, la mettrait dans la nécessité de réclamer en justice sa séparation » ; dans l'hypothèse, les 1.000 francs qu'il lui avait restitués devaient être considérés comme une simple donation, et par conséquent pouvoir faire l'objet d'une nouvelle revendication (2). L'unique garantie à laquelle puisse faire appel, dans le cas envisagé, l'époux peu confiant dans la

(44) *Supra*, p. 350.

parole de son conjoint, c'est semble-t-il d'obtenir une caution morale digne de foi, prenant avec ce dernier un engagement d'honneur. Ainsi les époux Chrétien recevaient-ils chacun l'engagement des parents de l'autre, de garantir l'exécution des conventions signées par leur enfant ; et le mari obtenait-il à nouveau onze ans plus tard « l'assurance formelle » de sa belle-mère que l'acte précédent « serait respecté, pleinement exécuté, que sa femme et ses descendants ne lui adresseraient aucune réclamation », avec « l'engagement de le garantir d'une façon absolue, pour le cas où il serait recherché pour l'exécution de l'une quelconque des dispositions résultant du contrat de mariage ».

Lorsque le titre qui constate les obligations des parties est rédigé par un notaire, ou déposé en son étude, il apparaît bien qu'il participe en une certaine manière, psychologique plutôt que juridique, à la nature des actes solennels, et qu'il inspire par suite plus de respect qu'un accord simplement privé. Vis-à-vis des époux qui se sont engagés devant lui, et qui souvent lui ont confié le soin d'assurer l'exécution patrimoniale du pacte, le notaire joue un peu le rôle d'un juge familial devant qui on hésite à commettre une déloyauté. Son intervention peut donc contribuer à assurer l'observation des stipulations convenues.

II. — L'intention initiale des contractants de remplir fidèlement leurs obligations dans l'avenir, tout en sachant qu'il dépendra d'eux seuls de le faire ou de s'y refuser souverainement, est-elle pratiquement suivie d'effets ? Les pactes demeurent-ils en fait observés pendant toute la durée prévue, c'est-à-dire tacitement jusqu'à la réconciliation ou la mort, lorsqu'un terme préfix n'est pas convenu expressément ? Et tout d'abord à quelles sources pouvons-nous puiser pour obtenir des éléments d'appréciation sur ce point ?

Dans les décisions judiciaires rendues à propos de séparations amiables, on aperçoit toujours, ne fut-ce que par l'objet de la demande ou l'identité des parties, époux eux-mêmes ou leurs ayants-cause, quel a été le temps d'exécution du pacte. Mais, à notre sens, il serait inexact de compter les espèces connues en

deux groupes, et d'en tirer une conclusion générale déterminant combien pour cent sont jusqu'au bout respectées par leurs auteurs, et combien répudiées par l'un d'eux après un certain temps. Car précisément, pour ce qui est du moins des instances engagées entre les conjoints eux-mêmes, elles sont presque toutes provoquées, soit qu'elles tendent au prononcé d'une séparation judiciaire ou à l'obtention d'une pension fixée par le juge, par l'inobservation du contrat. Les autres cas ne sont pour ainsi dire jamais invoqués au prétoire par l'action d'un époux contre l'autre, exception faite de l'hypothèse de demande en révision. Aucun chiffre comparatif ne saurait donc être établi sur cette base. On peut également faire appel aux résultats fournis par une enquête, mais sans pouvoir davantage aboutir à autre chose qu'à une évaluation imprécise, et fatalement sujette à contestation ; car l'enquête ne saurait être assez complète, ni assez étendue, pour autoriser une conclusion absolument ferme.

On trouve donc dans les recueils de jurisprudence un assez grand nombre d'exemples de violation d'un pacte de séparation.

C'est le sieur Dryon qui, en 1807, invoque la nullité d'un accord de 1806 (1) ; c'est le sieur Lebourgeois qui, en 1823, révoque les pouvoirs qu'il avait donnés à sa femme dans leur convention de 1810, et celle-ci qui, en conséquence, reprend sa demande en séparation judiciaire (2) ; c'est le sieur de Kenny qui, en 1827, dès l'expiration du premier semestre suivant la conclusion du pacte, refuse d'acquitter la pension promise, et, en 1829, son épouse qui demande en justice la séparation de corps (4) ; c'est, en 1840, la dame Eymard qui ne tient pas ses engagements envers son mari, et l'oblige à s'adresser au tribunal pour solliciter l'allocation d'une pension (5) ; c'est, en 1842, le sieur Demet qui demande contre sa femme la séparation de corps, malgré la renonciation formelle qu'il avait consentie par acte notarié deux ans auparavant (27) ; c'est, en 1851, les époux d'Hédouville qui, aussitôt l'accord réalisé entre eux, constatent l'impossibilité de le maintenir, et la dame qui reprend la procédure interrompue (7) ; c'est le sieur N., qui, en 1859, refuse de payer à un tiers deux annuités de la pension due à son épouse, et dont elle lui avait fait cession, par le motif

que le traité était nul (9) ; c'est, en 1863, la dame X., qui fonde une action en divorce sur des faits antérieurs à 1850 au mépris d'un pacte conclu à cette date (28) ; c'est, en 1869, la dame Thiébaut, qui reprend une demande en séparation par suite de l'inexécution du pacte par son mari (13) ; c'est, en 1870, la dame de Chanay qui quitte le domicile à elle assigné par contrat, et son mari qui pour ce motif refuse de lui continuer sa pension (14) ; c'est, en 1873, la dame Marchand, que le défaut de versement des sommes promises par son mari contraint à demander la séparation judiciaire (15) ; c'est la convention des époux Pitté de 1889 qui n'est plus observée quelques années après (20) ; c'est encore, en 1895, la dame Amsallem qui conclut contre son mari à l'exécution de la transaction passée entre eux en 1892, et subsidiairement à la réintégration du domicile conjugal (21), etc...

Voilà les différentes façons dont peuvent prendre fin les pactes, quand l'un des époux se délie de ses engagements envers l'autre. On aperçoit par là combien la loi aboutit à favoriser la mauvaise foi en cette matière.

Les pactes qui sont observés jusqu'au bout, c'est-à-dire jusqu'à la mort de l'un des conjoints séparés, lorsque la réconciliation ne s'est pas produite auparavant, n'apparaissent guère devant les tribunaux que par l'action des héritiers de l'une des parties décédées. Les décisions qui sont rendues dans ces circonstances apportent donc la preuve indiscutable, que les séparations amiables ont parfois autant d'efficacité que les séparations prononcées par jugement ; l'engagement d'honneur valant pour de nombreux époux la sentence du magistrat. Il semble bien que les héritiers n'aient pas autant d'occasion de se trouver lésés par la convention, et par suite d'agir à son encontre, que les époux eux-mêmes n'ont d'occasion d'y rencontrer une gêne ; car, nous l'avons vu plus haut, les clauses visant les droits successoraux sont loin d'être fréquentes dans les pactes. Considération qui explique que les espèces de cette catégorie rapportées dans les recueils soient moins nombreuses que celles rendues entre les deux conjoints.

On peut citer comme exemples de ces conventions inviolées

par leurs signataires, celle des époux Chrétien conclue après deux ans de mariage en 1848, qui jusqu'à 1887, date de la mort du mari, c'est-à-dire pendant trente-neuf ans, ne souleva aucune contestation (18) ; celle des époux C., passée en l'année 1865, qui fut observée également jusqu'au décès du mari en 1886, soit pendant vingt-et-un ans (17) ; celle des époux Grassin rédigée en 1870 après six ans d'union, et qui pendant sept ans, jusqu'au décès de l'époux, fut exécutée (16) ; celle des conjoints de Malherbe de Maraimbois, qui dura de 1871 jusqu'à la mort de la femme intervenue quelque temps avant 1895, c'est-à-dire pendant près de vingt-quatre ans (35) ; celle encore des époux Fruneau datée de 1881, qui durant vingt années, jusqu'à la mort du mari, demeura respectée (23) ; celle enfin des époux Garnery qui, intervenue en 1897, après deux mois seulement de vie commune, fut observée jusqu'en 1916 date du décès de l'épouse (24).

Nous savons également par voie d'enquête un cas où le contrat conclu entre des gens de condition modeste, le mari étant facteur des postes, fut exécutée pendant vingt-cinq ans, et a servi de base à la liquidation successorale sans soulever de difficulté. Nous connaissons aussi d'autres accords qui sont actuellement en vigueur, et qui ne semblent pas devoir être méconnus dans un avenir prochain.

Que pouvons-nous conclure de ces faits ? Rien de plus que ceci : la valeur des pactes résidant dans la bonne foi des deux parties et leur fidélité à la parole donnée, ils sont fragiles ou forts selon qu'ils sont conclus entre personnes ayant une conscience droite et ferme, ou bien entre des gens dont l'un au moins est indigne de confiance. Il n'est pas davantage possible de dire s'il y a plus d'accords observés que violés, que de déterminer s'il y a plus de personnes dignes de foi que d'autres. Ainsi donc il serait souhaitable que la loi vînt protéger en cette matière, comme elle le fait ailleurs, la bonne foi contre la déloyauté. Dans tous les cas où une obligation est dépourvue du secours éventuel de l'autorité sociale, elle risque fort d'être rejetée quant elle devient gênante pour celui qui en est débiteur ; c'est là un vice inhérent à l'imperfection de la nature humaine.

En somme nous savons, et c'est là déjà quelque chose, que nombreux sont les pactes violés, et nombreux les pactes observés.

§ 5. — L'opinion commune concernant les pactes et les époux vivant séparés à l'amiable, comme critère des bonnes mœurs et de l'ordre public.

La généralité et la fréquence d'un acte ne suffisent évidemment pas à le justifier, surtout lorsqu'il constitue une violation de la loi ; sans quoi tous les délits et les crimes pourraient être prétendus légitimes. Ce n'est donc pas à ces éléments que nous devons nous attacher pour découvrir le caractère véritable du pacte de séparation au point de vue moral ; mais, du fait même que cet acte est répandu dans la société, des classes les plus humbles jusqu'aux plus élevées, qu'il est l'objet d'une pratique courante et constante, que des gens de loi chargés de conseiller sur le droit en vigueur n'hésitent pas à prêter leur concours à le réaliser, il résulte que l'opinion ne peut pas être indifférente à son sujet, si, en vérité, il se trouve contraire aux bonnes mœurs, ou s'il trouble l'ordre social. Or, constate-t-on dans l'opinion une réaction défavorable à son encontre ? La conclusion d'un pacte est-elle regardée dans un milieu quelconque, malgré son illégalité, comme un acte blâmable, comme un acte dangereux pour la sécurité générale ? Nous faisons appel ici au sentiment de chacun et à son expérience propre. Rares, en effet, sont les personnes qui ne connaissent pas dans leurs relations des époux vivant séparés à l'amiable, peut-être les croyant parfois séparés par justice, car l'erreur n'est pas impossible. Le mode de vie de ces conjoints n'est-il pas exactement semblable à celui qu'ils auraient suivi s'ils avaient fait appel aux tribunaux ?

Ce n'est pas, pourra-t-on objecter, parce que le *modus vivendi* est le même, quel que soit le moyen employé pour l'atteindre, pacte ou sentence, qu'il doive jouir d'une considération identique. Les concubins peuvent avoir une existence commune aussi digne que celle d'époux véritables, avoir un pseudo-foyer semblable à un foyer réel, observer l'un envers l'autre une fidélité quasi conjugale, leur situation n'en reste pas moins réprouvée par les honnêtes gens, dès qu'ils en apprennent le caractère irrégulier. Mais précisément cette déconsidération, qui découle de l'origine illicite et contraire aux bonnes mœurs de la

situation des concubins, quelque dignité qu'elle puisse revêtir par la suite, se retrouve-t-elle dans l'opinion publique à propos de la séparation née d'un pacte ?

Qui oserait le soutenir ?

En vérité, il est absolument indifférent à la conscience, individuelle ou collective, que l'état de séparation, dont la légitimité n'est pas discutable, soit obtenu par la voie contentieuse, ou par la voie gracieuse ou consensuelle. Le pacte de séparation n'est donc certainement pas regardé comme contraire aux bonnes mœurs, en l'état actuel des conceptions morales, sinon par le Code civil. Par ailleurs, l'ordre public ne saurait être mis en cause puisqu'il est impossible aux jurisconsultes, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, de trouver à la prohibition légale une seule justification valable.

CHAPITRE III

LA JURISPRUDENCE

Quelle position devaient prendre les juges dans ce conflit des mœurs et de la loi, les mœurs étant légitimes et la loi étant arbitraire ?

La théorie classique concernant la mission et les pouvoirs des tribunaux civils en France à l'égard de la loi est à la fois simple et impérative : les juges doivent appliquer la loi, ils n'ont pas le pouvoir de la juger. Quelle que soit donc leur conviction intime relativement à la valeur d'un texte, ils ont pour devoir de le faire respecter et de rendre une sentence conforme à ses prescriptions (1).

Cette attitude passive des magistrats, bien qu'elle n'ait pas toujours été observée, notamment dans notre Ancien Droit, a pour elle à la fois le prestige d'une certaine tradition, puisqu'elle est commandée par le Décret de Gratien (2), et l'appui des principes fondamentaux du droit public moderne, puisqu'elle est justifiée par la règle de la séparation des pouvoirs (3).

(1) Voir GÉNY, *Science et Technique en Droit privé positif*, t. IV, p. 69 et s. — *Conflit du Droit naturel et de la loi positive écrite* ; spécialement nº 289.

(2) Cité par GÉNY, *loc. cit.*, D. IV, c. 3 : « In istis temporalibus legibus, quanquam de his homines judicent, cum eas instituunt, tamen cum fuerint institutae et firmatae, non licebit judici de ipsis judicare, sed secundum ipsas. »

(3) Contra G. RENARD, *Le Droit, la logique et le bon sens. Conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit* (2e série, 1925), pp. 369-370 : « Le juge est un collaborateur et non point un serviteur passif de la loi... Les juges ne sont ni au-dessus, ni au-dessous de la loi. Ils sont vis-à-vis de la loi, dans une position autonome. Leur rôle est de partager avec le législateur et les gouvernants la charge de pourvoir à l'ordre juridique dans la nation : tantôt en leur prêtant un concours absolu, tantôt en le mesurant, parfois, très exceptionnellement, en le refusant. En vérité, il est pénible de constater que notre pays est l'un des rares

En pratique les tribunaux observent-ils cette soumission aveugle à la Légalité ? Demeurent-ils constamment, quel que soit l'arbitraire légal, les interprètes fidèles et dociles des dispositions formelles du droit écrit ? Ce serait une erreur de le croire. Les Cours de Justice ont mieux compris leur rôle, qui est de dire le Droit. Elles se refusent donc à l'assimiler toujours à cette source parfois critiquable qu'est la loi, et n'hésitent pas à tourner celle-ci pour l'atteindre. C'est là un fait suffisamment connu pour que nous n'ayons pas à l'établir (1). Toutefois les libertés que les juges prennent avec le code, même si elles sont au fond audacieuses, sont tout à fait réservées dans la forme. Le principe d'interprétation que nous avons énoncé reste apparemment respecté, la jurisprudence, quant elle le juge utile, « tourne » la loi, jamais elle ne prend position contre elle ni ne la critique (2). Elle opère ainsi des réformes, le plus souvent heureuses, réalisant une approximation plus étroite de la justice ou de l'utilité sociale, sans que la loi soit modifiée ni la souveraineté du législateur contestée. Le but est atteint, les apparences sont sauves.

Sans vouloir prendre parti dans le débat qui s'est institué à ce sujet dans la doctrine, reconnaissons que si les innovations et les assouplissements de la loi, réalisés par la jurisprudence,

où les tribunaux de tous ordres consentent à appliquer toute loi, quelle qu'elle soit, pour cela seul qu'elle est la loi, sans se soucier de la confronter d'abord avec les principes supérieurs dont la loi elle-même est tributaire. Voilà la grande abdication, et voilà le contre-sens constitutionnel. »

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 11e éd., nº 122. « Comparé au rôle du législateur, le rôle du juge semble modeste ; en réalité, il est presque égal. En effet, la loi n'a de valeur que *si on l'applique* et *par la façon dont on l'applique*. Or il y a un fait universel et inévitable : l'interprétation des lois par l'autorité judiciaire fournit mille occasions de modifier la règle légale, et parfois même le juge en arrive à paralyser les volontés du législateur. » (Les mots sont soulignés par l'auteur lui-même.)

(2) V. par exemple l'application de ce principe dans un arrêt de la Ch. crim. de la C. de cass. du 17 mai 1907 : « Attendu que... le Tribunal... en vue de motiver l'admission des circonstances atténuantes, ajoute aux motifs déjà donnés par lui pour justifier l'application de l'article 463 c. p., les deux motifs suivants dont l'annulation est demandée... Attendu que le premier de ces motifs renferme une critique de la loi, que le tribunal avait seulement charge d'appliquer, et qu'il déclare de nature à froisser les sentiments les plus respectables du prévenu... Casse dans l'intérêt de la loi, le motif précité du jugement. » S. 08.1.249, *note* Roux.)

sont ordinairement bienfaisants, le pouvoir de refuser l'application des textes ne laisserait pas de fonder certaines craintes s'il venait à être consacré formellement. M. Gény exprime ces craintes dans les termes suivants : « Si nous admettions que « le juge pût éluder une loi écrite en vigueur, sous prétexte « d'un droit supérieur que lui révèlerait sa conscience, fût-elle « même guidée par des critères objectifs, nécessairement limités « et flottants,... nous ouvririons la voie à tous les dangers de « subjectivisme arbitraire et d'insécurité fondamentale des si- « tuations juridiques... (1) »

Quoiqu'il en soit des controverses, si en notre matière les tribunaux devaient en principe faire une application exacte de l'article 307, ils pouvaient pratiquement prendre avec lui la même liberté qu'avec d'autres textes, et limiter dans une large mesure ses conséquences. N'ont-ils pas fait produire à la règle de l'article 1119, qui prohibe en général les stipulations pour autrui, des effets qui ne sont compatibles qu'avec l'admission la plus large desdites stipulations ? N'ont-ils pas également fini par rendre saisissables les rentes sur l'Etat, que les lois de l'an VI et de l'an VII déclarent insaisissables (2) ?

Examinons donc les arrêts pour savoir à quoi se sont résolus les juges en ce qui concerne les pactes de séparation amiable (3).

§ 1. — **Il ne saurait légalement exister d'état intermédiaire entre le mariage et la séparation judiciaire.**

La situation des gens mariés peut revêtir en réalité trois aspects durables : la vie commune, la séparation régulière, et la séparation de fait. La loi ne connaît et ne règlemente que les

(1) Geny, *op. cit.*, nº 293, pp. 99-100.
(2) Cass. 2 et 15 juillet 1894, D.94.1.497, *note* Glasson.
(3) « On peut dire que la jurisprudence a eu une allure très inégale dans l'interprétation des textes. Elle s'est montrée *tour à tour très hardie et très timide.* On l'a vue parfois se croire liée d'une manière si étroite, qu'elle négligeait les moyens qu'on lui proposait pour arriver à une solution plus équitable ou plus utile ; d'autres fois elle est parvenue, par des moyens détournés, à paralyser l'effet de dispositions qu'elle jugeait mauvaises, et on a pu dire que sa hardiesse ne le cède guère aux réformes tant vantées du Prêteur romain. » (Planiol, *op. cit.*, I, nº 125.)

deux premiers, elle ignore systématiquement le troisième. Elle n'édicte donc aucune disposition concernant ses conditions d'ouverture ou ses effets. Par suite les juges ne devraient jamais accueillir, une demande tendant à la reconnaissance de cet état, soit qu'elle ait pour objet de permettre sa formation, soit qu'elle vise à lui faire produire des conséquences valables. Il y a là un problème général englobant la séparation consensuelle, mais la débordant.

La jurisprudence n'a pas toujours résolu ce problème avec la même rigueur, ni le même souci d'une part des textes, et de l'autre des réalités. Elle a rendu des décisions d'espèces, tantôt plus souples, et tantôt plus fermes dans leur interprétation de la loi. Cependant dans le domaine strict des principes, elle n'a pas hésité à condamner de la façon la plus formelle, ce *modus vivendi*, intermédiaire entre l'existence commune et la séparation ayant force de chose jugée. C'est ce qui résulte notamment d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation rendu le 27 janvier 1874 (1).

Voici quelles étaient les circonstances de la cause. La dame X., avait quitté le domicile conjugal en 1848. En 1865 elle avait formé sans succès une demande en séparation de corps ; elle l'avait vainement renouvelée en 1872, et avait été repoussée par un arrêt de la Cour de Paris du 11 août de la même année. Le lendemain de cette décision, c'est-à-dire vingt-quatre ans après son départ, elle s'était présentée avec un huissier à l'habitation de son mari, et lui avait fait sommation de la recevoir. Ce dernier ayant refusé, c'est alors qu'elle intenta une troisième action en séparation, avec conclusions subsidiaires en réintégration du domicile conjugal. Dans l'instance le mari maintint son refus de la recevoir, et ne consentit pas à demander lui-même reconventionnellement sa séparation d'avec elle ; par ailleurs, il soutint l'irrecevabilité de la demande en réintégration par un moyen de procédure.

Les questions que devait résoudre le tribunal étaient donc les suivantes : Fallait-il accueillir la demanderesse en ses conclusions principales, en décidant que le refus du mari était à son

(1) D. 74.1.140 ; S. 74.1.214 et 2.1.

égard une cause de séparation, ce qui aboutissait, au mépris de toute justice, à rendre la sentence aux torts de celui-ci, ou, ce qui ne vaut guère mieux, à leurs torts réciproques ? Ou bien l'accueillir seulement en ses conclusions subsidiaires, en déclarant mal fondée la fin de non-recevoir que leur opposait le défendeur, ce qui n'aboutissait pas non plus à une solution satisfaisante, l'intention de la femme n'étant évidemment pas de reprendre la vie commune, mais seulement d'obliger son conjoint à lui fournir une cause de séparation par son obstination dans son attitude? Ou bien encore, rejeter les unes et les autres des conclusions de la femme, ce qui équivalait à consacrer l'existence d'une séparation de fait par le maintien du *statu quo?* L'équité semblait commander la troisième solution, mais les principes, la seconde.

Le tribunal civil de la Seine rendit le 7 décembre 1872 un jugement ainsi motivé : « Attendu dans l'espèce qu'il est cons-
« tant que depuis 1848, au mépris des conseils et des sévères
« reproches de sa propre famille, la dame A., méconnaissant ses
« devoirs d'épouse et de mère, a quitté le domicile conjugal ;
« que cet abandon a eu lieu spontanément et sans cause reconnue
« et avouable... ; qu'il a d'ailleurs emprunté une gravité excep-
« tionnelle à la notoriété dont la dame A., s'est plu à entourer
« elle-même l'existence qu'elle s'est créée pendant plus de vingt-
« quatre ans en dehors de sa famille..., qu'il résulte de l'en-
« semble des faits et documents de la cause que, dans les cir-
« constances où il s'est produit, comme dans les termes où il
« s'est formulé, le refus ne peut en lui-même constituer une
« mesure de nature à faire prononcer contre [le mari] la sépa-
« ration de corps demandée par sa femme ; que vainement
« celle-ci soutient que les motis sur lesquels A. entend justifier
« son refus de la recevoir au domicile conjugal, ne peuvent lui
« conférer d'autre droit que celui de faire prononcer lui-même la
« séparation de corps ; que c'est également le droit de l'époux
« offensé, si graves et si légitimes que puissent être ses griefs,
« de s'abstenir, dans l'intérêt des enfants, de provoquer un
« débat qui pourrait y porter atteinte et dont il est le maître
« d'apprécier l'opportunité. — Sur les conclusions subsidiaires de
« la dame A., tendant à être autorisée à se faire réintégrer au

« domicile conjugal avec l'assistance du commissaire de police... « demande distincte... non autorisée par l'ordonnance du Pré- « sident... non recevable. »

La doctrine de cette décision, étayée sur un moyen procédural, qui était au fond sans valeur, mais qui servait aux juges à couvrir leur conviction d'un masque juridique, consacrait en somme la légitimité des séparations de fait lorsque des raisons sérieuses font redouter les inconvénients d'un débat. En l'espèce le mari voulait éviter une séparation de biens qui aurait permis à une femme indigne de dépouiller ses enfants.

En appel la Cour confirma sur le premier point par adoption de motifs, s'efforçant simplement de les fonder en droit, ou plus précisément de réfuter les objections qui auraient pu leur être opposées. « Considérant, déclarait-elle, par arrêt du 31 mars « 1873, qu'à la vérité l'article 214 du Code civil fait aux époux « une obligation de la cohabitation, mais que cette obligation « est subordonnée à l'accomplissement par les époux des devoirs « essentiels du mariage ; que vainement on soutient qu'alors et « dans ce cas l'époux outragé devait soumettre ses griefs aux tri- « bunaux pour en obtenir la séparation ; qu'il n'appartient qu'à « lui de juger des suites qu'il doit donner à ses motifs de plainte. »

Sur le deuxième point la Cour réforma, mais seulement quant au moyen retenu : « En ce qui touche la demande subsidiaire « en réintégration du domicile conjugal. Considérant que la « dame A., était suffisamment autorisée à ester en justice sur « ladite demande ; mais que cette demande doit être rejetée au « fond par les motifs qui font rejeter l'action en séparation de « corps ; par ces motifs... au fond la déclare mal fondée. »

C'était cette fois ouvertement affirmer la légitimité des séparations de fait, et, implicitement, l'insuffisance du système légal à répondre à tous les besoins dignes de considération. La jurisprudence allait-elle s'engager dans cette voie, et développer les conséquences de ces nouveaux principes ? Cela eût été souhaitable, croyons-nous ; le prestige de la Loi n'en eût pas plus souffert, qu'il ne l'a fait en d'autres domaines où les tribunaux ont profondément modifié les règles du Code. Mais la Cour de cassation veillait au respect de la légalité trop ouvertement méconnue. Sur pourvoi la Chambre civile, le 27 janvier 1874,

remit en lumière les principes d'une saine interprétation, et rappela quelle est la vérité juridique en la matière :

« Vu les articles 214 et 306 du Code civil. Attendu qu'aucune « séparation de fait volontaire n'est autorisée par la loi entre « les époux, et que la vie commune est l'une de leurs obligations « essentielles ; qu'ils n'en peuvent être dispensés que dans le cas « d'une séparation de corps judiciairement prononcée ; attendu « que la Cour de Paris... a méconnu et violé les dispositions « de la loi sus-énoncées ; Casse. »

Il est facile de développer les conséquences de cet arrêt, intervenu dans des circonstances pourtant bien favorables à une doctrine contraire. L'époux coupable a un droit absolu à la vie commune du foyer, ou à l'existence séparée régulière avec tous ses effets légaux. Quels que soient donc l'indignité de sa conduite, que la simple décence devrait lui interdire d'évoquer en justice, et l'artifice mensonger de sa demande en réintégration, quels que soient l'attitude irréprochable de son conjoint, le bien fondé de son refus à recommencer une communauté de vie impossible que ni l'un ni l'autre au fond ne désire reprendre, et les raisons majeures l'empêchant de consentir à un débat pouvant flétrir le nom de ses enfants, la loi donne tort à l'innocent et protège le coupable. Comme nul ne peut être contraint d'exercer une action malgré soi, le conjoint innocent gardera la prérogative de rester défendeur à l'instance ouverte contre lui ; mais quelles que soient la valeur des moyens opposés par lui aux deux chefs de la demande et l'évidence de son bon droit, les juges seront forcés de lui donner tort sur l'un ou l'autre point ; soit en décidant la réintégration du demandeur au domicile conjugal, soit en accordant à ce dernier la séparation de corps malgré sa conduite condamnable. Les juges seront forcés de dire, malgré leur sentiment moral intime, que le refus justifié de recevoir le coupable constitue à l'égard de ce dernier une injure grave aux termes de l'article 231 du Code civil ; ou d'affirmer que l'époux innocent, en ne se prévalant pas des torts de son conjoint pour demander la séparation de corps, lui cause un préjudice assimilable à une injure ; comme si ce dernier par ses débordements s'était créé un droit acquis à faire prononcer contre lui la séparation, et que l'exercice de ce droit lui re-

vienne au cas de négligence ou de mauvais vouloir du titulaire.

L'arrêt de la Cour de cassation est conforme à la loi, c'est incontestable. Mais par ses conséquences, aboutissant à donner gain de cause au coupable contre l'innocent, il heurte les conceptions morales les plus élémentaires. La Cour suprême n'aurait-elle pu reconnaître qu'il est des circonstances où le refus d'un époux d'admettre son conjoint à rentrer au foyer, qu'il a lui-même abandonné pour des raisons honteuses, ne saurait constituer une injure ? N'aurait-elle pu accueillir dans ce cas une exception contre l'obligation de cohabiter, et accorder seulement au coupable le droit à des aliments sous forme de pension ? Il est permis de le penser.

Depuis l'arrêt de 1874 il ne s'est produit aucun revirement dans les principes. Néanmoins leur maintien n'a pas mis obstacle, grâce à certains tempéraments, à l'édification d'une théorie prétorienne faisant produire à la séparation de fait des conséquences de droit. Car il était impossible aux juges d'ignorer complètement une situation aussi fréquente dans les mœurs, sans s'exposer à consacrer des injustices flagrantes. Mais ces conséquences sont restrictivement entendues, étant dérogatoires à la règle du droit commun.

En résumé, on trouve dans la jurisprudence l'affirmation du principe qu'il ne saurait exister légalement aucune situation intermédiaire, entre la cohabitation imposée par l'article 214 du Code civil et la séparation de corps judiciaire. Cette théorie condamne par conséquent la séparation consensuelle.

§ 2. — La nullité des pactes et les motifs donnés par les jugements.

Les pactes de séparation ayant pour résultat de créer un état de fait illégal et répudié par la jurisprudence, qu'est-ce que décident les tribunaux lorsque dans une instance les parties prétendent fonder sur eux soit leur demande, soit leur défense ?

Il peut arriver qu'un époux séparé par consentement mutuel n'exécute plus, à un moment donné, les obligations qu'il avait

assumées dans un pacte ; qu'il cesse par exemple de verser les annuités de la pension promise. Que fera dans ce cas le conjoint créancier pour contraindre son débiteur à tenir ses engagements ?

Plusieurs hypothèses doivent être envisagées. Ou bien le titulaire de la pension est recevable à invoquer judiciairement une cause légale de séparation de corps, et remplit les conditions voulues pour faire condamner son conjoint à la prestation d'aliments. Dans ce cas il pourra agir en se bornant à invoquer les textes du code. Ou bien, au contraire, il n'est pas recevable à présenter une telle demande, soit qu'il n'ait pas à faire valoir de griefs suffisants, soit qu'il ait assez de ressources pour vivre ; la rente interrompue n'ayant qu'un caractère indemnitaire. Dans ce cas il ne pourra pas invoquer la loi, du moins s'il n'offre pas au préalable de reprendre la vie commune, pour faire état ensuite du refus de l'autre partie. Que se passera-t-il donc si, pouvant obtenir en justice la séparation de corps et des aliments, il persiste à ne pas vouloir de cette mesure, ou s'il n'est pas fondé à agir sur cette base ? Devra-t-il obligatoirement se résigner à ne plus recevoir les arrérages promis, ou aura-t-il un moyen d'obtenir l'exécution du pacte ? Si l'époux créancier de la rente est lui-même débiteur d'une autre prestation convenue dans l'accord, consistant en une obligation de faire par exemple, ou de laisser faire, il pourra, appliquant l'*exceptio inadempleti contractus*, cesser lui-même d'exécuter la convention. Mais si ce moyen fait défaut, ou reste inefficace, l'époux trompé dans sa bonne foi ne pourra-t-il pas en définitive s'adresser à la justice pour obtenir l'exécution forcée de la dette inscrite dans le pacte ?

L'étude de la jurisprudence révèle que des demandes de cette nature ont été parfois présentées aux juges. Quelle solution leur ont-ils donnée et pour quel motif ? Sous réserve d'un arrêt demeuré isolé, on peut affirmer que jamais une action tendant ouvertement à faire exécuter la clause d'une convention visant directement une séparation amiable, n'a été favorablement accueillie en justice. Cela du moins sur le plan des principes, car nous verrons, quant au résultat pratique de la demande, la jurisprudence se séparer en deux tendances, l'une plus rigoureuse et l'autre plus libérale.

Ainsi le tribunal civil de Versailles statuait, le 16 juillet 1873, dans les termes suivants : « Attendu... que la dame Marchand « est mal fondée à invoquer la convention verbale intervenue « entre les parties... laquelle convention est radicalement nulle « en tant que convention génératrice d'obligations au profit de « l'un des époux à l'encontre de l'autre ; *que semblables engage-* « *ments ne pourraient subsister et produire effet sans apporter aux* « *conventions matrimoniales un notable changement prohibé par la* « *loi.* Par ces motifs... Dit la dame Marchand... mal fondée (1). »

La Cour de Dijon saisie quelques années plus tard d'une demande analogue, la femme prétendant exiger de son mari une annuité plus forte que celle jusqu'alors acceptée, statuait également dans le même sens, mais en invoquant simplement l'article 307 : « Attendu... que l'état de fait ainsi créé entre les « époux ne peut être sanctionné par la justice, sous la forme « d'une allocation de pension alimentaire au profit de la femme ; « qu'en effet, déclarer recevable une telle demande, ce serait « porter une atteinte grave à la loi d'ordre public qui régit le « mariage et la séparation de corps, puisque ce serait faciliter, « et pour ainsi dire consacrer une séparation de corps par le « consentement mutuel des époux, ce qui est formellement « prohibé par l'article 307 du Code civil ; *que cette prohibition* « *est d'ordre public* et peut être invoquée pour la première fois « en appel (2). »

Citons encore l'arrêt de la Cour d'Alger du 24 février 1897, motivé à la fois par l'interdiction de l'article 307 et par la règle d'immutabilité des régimes matrimoniaux : « Attendu que... « l'obligation de payer la pension alimentaire procédait d'une « convention radicalement nulle ; que dans les articles 307, « 1395 et 1443 du Code civil, *la loi prohibe formellement la sépa-* « *ration volontaire soit de corps, soit de biens...* ; Confirme (3). »

En somme toute action est irrecevable procédant directement d'un pacte.

Mais il peut aussi arriver qu'un conjoint ait intérêt à invoquer

(1) S. 74.2.169 ; D. 75.2.41.
(2) 21 janv. 1891. D 91.2.349.
(3) *G. P.* 97.2.576 ; S. 98.2.263.

judiciairement une convention de séparation, non pas comme fondement d'une demande, mais comme moyen de défense contre une procédure intentée au mépris de l'une de ses clauses par son co-contractant. L'un d'eux, par exemple, a renoncé expressément à se prévaloir des torts de l'autre pour obtenir une séparation de corps régulière ; par la suite il oublie l'engagement qu'il a pris et forme une action dans ce but. L'époux défendeur pourra-t-il présenter la stipulation méconnue comme fin de non-recevoir ?

Cette seconde question n'offre pas plus d'incertitude que la précédente ; les tribunaux refusent de prendre en considération l'accord prohibé, quelle que soit la position dans le débat de celui qui veut en faire état (1). Le point de droit est au fond le même, et, comme l'exprime la Cour d'Alger dans l'arrêt précité, « la « nullité de la convention entraîne celle de toutes les clauses et « stipulations qu'elle renferme, telles que celles relatives à une « renonciation au droit de continuer l'action, ou à un engagement « de l'un des conjoints de servir à l'autre une pension viagère ». La Cour d'Amiens, pour justifier la nullité de cet engagement qui en soi n'est pas illégal, vise d'une façon plus précise l'article 1172 du Code civil sur les conditions illicites; « Sur la fin de non-rece- « voir tirée du désistement... Considérant que ce désistement... « fondé sur la condition d'une séparation volontaire entre époux... « que, *par des motifs d'ordre public*, la loi défend de stipuler, est « nul et ne peut produire aucun effet (art. 1172) (2). »

Ainsi les tribunaux se couvrent simplement du texte de la loi, dont ils rappellent le caractère d'ordre public, pour formuler la nullité des pactes, et des stipulations dont ils sont la seule raison d'être. Ils choisissent d'ailleurs, ce faisant, entre l'interdiction de l'article 307 relative aux personnes, et la prohibition des articles 1395 et 1443 concernant les biens, la règle qui leur semble la plus impérative et la source de l'autre (3), à moins

(1) Bien entendu en va-t-il de même *a fortiori* lorsqu'aucune renonciation expresse n'est contenue dans l'accord ; l'époux défendeur à une action en divorce, prétendant qu'elle doit être considérée alors comme implicite. C. de Caen, 25 février 1914. (*Rec. Caen*, 1914.137.)

(2) 14 déc. 1852. D. 54.2.9.

(3) Le respect de la règle d'immutabilité est tel que sont annulés même les accords conclus en cours d'instance, mais avant le prononcé

que pour mieux motiver leur doctrine ils ne mettent en avant à la fois les deux prescriptions (1). Cependant il arrive parfois que des juges ne se contentent pas de cette position suffisante et commode, et tiennent à marquer fortement leur complet accord sur ce point avec le sentiment du législateur. C'est la Cour de Colmar qui, par exemple, déclare en 1806 que « c'est blesser les mœurs et l'ordre public que de protéger ou tolérer l'éloignement des époux (2) » ; c'est la Cour de Caen qui affirme, en 1825, que la transaction pour une séparation volontaire « est contraire aux bonnes mœurs (3) » ; c'est la Cour de Bordeaux, en 1854, qui exprime son opinion sur les pactes « que la loi ne reconnaît pas », en disant qu' « ils sont contraires aux devoirs du mariage et dangereux pour les mœurs (4) » ; c'est encore la Cour de Pau qui abonde dans le même sens en 1894, décidant qu' « une pareille convention est nulle comme contraire à la dignité du mariage (5) » ; c'est enfin le tribunal civil de Nantes qui, en 1902, pour bien marquer la réprobation du législateur à l'égard d'un tel acte « contraire aux bonnes mœurs », invoque un nombre imposant d'articles du code, savoir les articles 6, 307, 1133, 1395, 1443 et 1595 du Code civil (6).

du jugement. Trib. Rouen, 25 octobre 1926 (D. H. 27.44) C.. de Paris, 25 janvier 1927 (G. P. 27.1.610). C. d'Aix, 24 octobre 1928 (*Sem. jurid.*, 1919.120).

V. *note* Nast, sous C. de Paris, 2 mars 1925 (D. 26.2.13).

(1) C. de Nancy, 22 janv. 1870. S. 70.2.54 ; D. 70.2.76. Trib. Dijon, 30 janv. 1895. D. 96.2.133.

(2) 12 juill. 1806. S. Chr. 2.2.158.

(3) 14 nov. 1825. *J. G.* v° Contrat de mariage.

(4) 31 mai 1854. D. 55.2.289.

(5) 20 juin 1894. S. 94.2.232 ; D. 95.2.11.

(6) Sous Civ. 2 janv. 1907. D. 07.1.137 ; S. 11.1.585.

v. de même pour la jurisprudence belge, un jugement du tribunal civil de Liège qui déclare : « qu'aucune des parties ne peut se prévaloir d'un acte dans lequel elles ont l'une et l'autre enfreint la loi par une *faute* qui leur est commune », et sur appel l'arrêt de la Cour qui s'exprime ainsi : « Attendu que l'engagement qu'elles y prennent de vivre séparément est contraire au but du mariage, à l'intérêt de la Société, et aux bonnes mœurs. » (Pas. 1843, II, 24. Arrêt du 25 juillet 1842.)

Cette appréciation peut paraître vraiment sévère si l'on songe que la loi belge a conservé le divorce par consentement mutuel du Code Napoléon.

Cf. Cour de Bruxelles, 30 décembre 1925 : « Attendu que les obligations que crée le mariage, notamment celles de cohabitation et d'entretien... sont prescrites et sanctionnées par la loi dans un intérêt collectif, et dans un but de moralité publique ; qu'elles sont donc prévues par une dispo-

Des considérations semblables sont-elles de nature à ajouter quelque poids aux dispositions légales appliquées ? Il ne le paraît pas ; les magistrats se bornant à traduire leur pensée par une simple affirmation. Il n'y a donc pas lieu de les discuter. D'ailleurs il semble bien que dans la formation de leur conviction le prestige de la loi ait eu, en réalité, plus de part que l'analyse critique des éléments de la question. Pour nous les raisons demeurent mystérieuses qui font qu'un pacte de séparation amiable est contraire aux bonnes mœurs, alors qu'une procédure contentieuse visant au même résultat par le déshonneur et le scandale ne l'est pas.

En vérité, on eût pu croire à un moment donné à un revirement proche dans la jurisprudence, fondé sur une appréciation plus exacte des choses. Un arrêt, en effet, déjà ancien, auquel nous avons fait allusion ci-dessus, est venu soudain contredire sans éclat, mais d'une manière ferme, la norme aveuglément transmise. C'est la Cour d'Alger qui, en 1864, eut le mérite de cette initiative ; mais son appel est resté sans écho, et en 1897 elle-même s'est rétractée comme nous venons de le voir, de la façon la plus catégorique. Nous nous devons de citer cette décision novatrice, bien que son audace n'ait pas été féconde.

« Attendu que W. fonde sa demande aux fins de remise de « sa fille, sur une convention qui serait intervenue, dans le « cours du mois de novembre 1861, entre lui et sa femme ; con- « vention aux termes de laquelle leur enfant devait rester confiée « alternativement, et par période de six mois, à chacun d'eux ; « aux termes de laquelle encore, le mari se désistait d'une de- « mande en réintégration du domicile conjugal dirigée contre « sa femme, celle-ci se désistant de son côté, d'une demande en « séparation de corps dirigée contre son mari. ATTENDU QU'UN « PACTE DE CETTE NATURE N'A RIEN D'ILLICITE ; qu'en effet « il n'implique renonciation définitive à aucun des droits « que la loi attache en vue de l'intérêt public, soit à la qualité

sition d'ordre public, à laquelle il n'est point permis de déroger par des conventions particulières. Attendu que la stipulation prérappelée, ayant également pour but et pour effet d'organiser entre époux une séparation volontaire, en tout cas une cessation de vie commune, pour d'autres causes et dans d'autres conditions que celles exigées par la loi et contraires à ses dispositions, doit être frappée de nullité. » (S. 27.4.3).

« de mari, soit à la qualité de père ; attendu que la dame W., « reconnaît que ladite convention est intervenue ; mais que « mise en demeure de l'exécuter... [elle prétend] que ce contrat « n'est plus la loi des parties, par cela qu'il aurait été violé par « son mari ; attendu que ce grief n'est pas justifié ; que le fût-il « la violation alléguée pourrait peut-être servir de base à une « demande en annulation du contrat, mais ne saurait emporter « d'elle-même cette nullité... Attendu que c'est en se fondant « sur la convention qualifiée *pacte de famille*, que le juge des « référés du tribunal de la Seine a, par ordonnance du 18 oc- « tobre 1862, prescrit que l'enfant serait le 1er novembre suivant « rendue à la mère et lui demeurerait confiée jusqu'au 1er mai « 1863... (1) ».

Nous ne nous dissimulons pas la faiblesse de cette argumentation juridique, faiblesse en une certaine mesure fatale à raison du texte même de la loi ; mais si la Cour, et d'autres à sa suite, s'étaient résolues à persévérer dans cette voie, elles auraient pu aisément suppléer le vice de l'exégèse par un recours direct aux principes généraux du droit.

Quoi qu'il en soit de cet essai, il n'en reste pas moins établi que les pactes sont nuls.

§ 3. — Les conséquences de la nullité : la tendance extensive fondée sur les principes

Les pactes de séparation sont donc nuls, ainsi que le proclame une jurisprudence qu'on peut dire unanime. Cette conséquence des prohibitions du code étant elle-même regardée devant les tribunaux comme un véritable principe, elle entraîne à son tour des conséquences qui ne sont pas expressément prévues par la loi. De la sorte certaines stipulations qui en soi ne sont pas illicites, seront considérées comme nulles, si elles sont contenues dans un pacte, ou si elles sont liées à lui par un rapport de droit. Cette circonstance nous est apparue déjà à propos des accords par lesquels un époux se désiste d'un procès engagé contre

(1) 27 juin 1864. S.64.2.288.

l'autre, ou renonce à son droit d'agir et d'invoquer certains griefs contre lui. La nullité des pactes exerce donc, si l'on peut dire, une sorte de rayonnement.

Jusqu'où la jurisprudence étend-elle le développement de ce principe d'invalidité ? Lui donne-t-elle une portée indéfinie, sous prétexte qu'il a un caractère d'ordre public ; ou, au contraire, l'enferme-t-elle dans un domaine limité aux exigences des faits ? S'inspire-t-elle uniquement, dans cette interprétation, des règles théoriques du droit, ou prend-elle en considération les besoins mis en lumière par les espèces ? Il ne semble pas qu'on puisse faire à ces questions une réponse unique. On croit apercevoir, en effet, dans la jurisprudence deux courants, l'un qui paraît vouloir tout emporter sur son passage de ce qui touche de près ou de loin à la séparation amiable, et l'autre, qui, tout en respectant la loi, mais tenant compte en même temps des réalités, l'applique dans un esprit plus libéral.

I. — Etudions tout d'abord le premier de ces deux courants.

On peut analyser ainsi les différents moyens juridiques grâce auxquels il élargit le domaine de la prohibition : les conventions règlementant la séparation proprement dite sont nulles, cela va sans dire, parce que leur *objet* est illicite ; les accords ne visant pas directement la séparation et dont l'objet est valable, comme ceux réalisant un désistement ou une procuration, sont également nuls, s'ils sont subordonnés à la mise en vigueur d'un pacte, parce que soumis à une *condition* illicite ; enfin tous les actes, même les plus étrangers apparemment à l'observation d'une existence séparée par les conjoints, comme une institution contractuelle, ou même une vente d'immeubles à un tiers, sont encore nuls, si leur but véritable est de permettre ou de favoriser le consentement à un tel mode de vie, parce que comportant alors une *cause* illicite. De cette façon, par le jeu successif des concepts d'objet, de condition et de cause, ce dernier étant au besoin appuyé par la notion de *fraude à la loi*, il apparaît bien difficile que des époux puissent arriver à accomplir valablement une stipulation quelconque, susceptible d'aider l'exécution de leurs desseins.

Nous n'avons pas à revenir sur le premier moyen. Le second,

faisant application de l'article 1172 du Code civil, n'exige pas non plus de nouveaux développements. Quant au troisième, sans conteste le plus intéressant, puisqu'il fait produire à la loi, ses conséquences les plus lointaines et les plus complètes, et qu'il pourrait au besoin tenir lieu des deux autres, il demande quelques explications.

L'article 1108 énumère parmi les « quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention... une cause licite dans l'obligation », et l'article 1131 dispose que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. » Ces textes ont soulevé dans la doctrine des controverses passionnées, touchant l'existence même de cet élément des obligations, traditionnel depuis Domat (1). Peu nous importe ici où est la vérité dans ce débat théorique, qui a opposé les plus grands civilistes contemporains, seul compte à notre point de vue l'usage que les tribunaux ont fait de ces articles dans la matière qui nous occupe.

La jurisprudence a surtout recours à l'idée de cause pour atteindre les accords qui, ne visant pas expressément une séparation amiable et par suite ne tombant pas directement sous le coup des prohibitions du code, prévoient néanmoins des effets dont la seule raison d'être est l'existence de cette séparation. Le cas le plus typique, parmi ceux que nous avons rencontrés, est peut-être cette vente d'immeuble consentie en 1924, dans le ressort de la Cour de Bruxelles, par deux conjoints à un tiers, moyennant le payement singulier de fournir sa vie durant à la venderesse seule le logement et les aliments. L'arrêt prononça la nullité de l'opération à raison de ce que les prestations à fournir par l'acquéreur avaient une cause illicite (2). Dans l'hypothèse également où les parents de l'un des époux ont pris envers l'autre, en l'espèce le mari, après la liquidation complète du régime matrimonial, « l'engagement de le garantir d'une façon absolue, pour le cas où il serait recherché pour l'exécution de l'une quelconque des dispositions résultant du contrat de ma-

(1) V. H. Capitant, *De la Cause des Obligations* (3e éd. 1927); P. Louis-Lucas, *Volonté et Cause. Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé* (1918).

(2) C. de Bruxelles, 30 déc. 1925. S. 27.4.3.

riage », on a vu les juges déclarer nul cet engagement, bien qu'il ait été constaté dans un acte distinct, et même postérieur au pacte, à raison du caractère illicite de sa cause. On lit, en effet, dans le jugement du tribunal civil de la Seine qui fut rendu à son sujet : « Attendu... qu'en réalité ces deux conventions étant liées l'une à l'autre, et la seconde ayant pour objet avoué d'assurer l'exécution de la première, laquelle est radicalement nulle, il s'ensuit que cette seconde convention manque de l'une des conditions prescrites par l'article 1108 du Code civil et essentielles pour la validité d'une convention, c'est-à-dire une cause licite dans l'obligation (1)... »

Dans le cas envisagé, le but qu'avaient poursuivi les parties était « avoué » dans l'acte, ainsi que le constatait le jugement ; la *cause* était évidente, il semblait d'ailleurs impossible de la déguiser. Le tribunal n'avait donc eu à se livrer à aucune recherche d'intention. Mais on peut supposer des espèces où les juges seraient moins sollicités par les faits, où l'application des articles 1108 et 1131 leur serait moins imposée par les circonstances. On sait, par exemple, que dans les libéralités la cause est entendue avec une acception particulière, l' « animus donandi », dégagé de toute autre fin, suffisant à la validité de l'obligation. Que décidera alors la jurisprudence quand une donation sera prétendue n'être que l'accessoire d'un pacte ? S'en tiendra-t-elle à l'examen abstrait de l' « animus donandi », ou se préoccupera-t-elle d'analyser les mobiles de cette intention libérale, à l'aide d'éléments extérieurs au titre ?

Nous avons déjà mentionné la donation réciproque réalisée par les époux Fruneau au moment de se séparer à l'amiable, mais ne contenant aucune mention à ce sujet. Les héritiers du mari décédé soutinrent qu'elle devait être déclarée nulle, parce qu'elle avait eu pour cause la séparation consensuelle. Devant le tribunal civil de Nantes la veuve contesta cette prétendue cause illicite, alléguant que le sort de la donation n'avait été lié en aucune façon à celui du pacte sous seings privés. Les premiers juges ne se laissèrent pas convaincre par son argumentation, mais, soucieux de ne pas s'aventurer sur un terrain difficile,

(1) 10 juill. 1889, sous Civ. 23 janv. 1894. D. 94.1.394.

ils invoquèrent simplement l'article 1172 du Code civil en disant, sans autre justification de droit, que la libéralité devait participer à la nature même de la convention nulle dont elle était la conséquence. Les motifs « de droit » de la décision étaient plutôt sommaires, aussi la Cour de Rennes infirma-t-elle en appel. Mais au lieu d'esquiver la difficulté, comme l'avait fait le tribunal, elle expliqua franchement sa doctrine concernant la cause illicite. L'arrêt était ainsi rédigé :

« Considérant que la donation attaquée a été faite par un « acte complètement distinct du traité de séparation amiable, « et qu'elle est régulière en la forme ; que les deux parties qui y « ont concouru avaient la capacité juridique, l'un pour donner, « l'autre pour recevoir ; qu'une donation n'exige de celui qui la « fait d'autre principe d'obligation que sa libre volonté de « gratifier le donataire, et qu'il suffit pour qu'elle soit valable, « que cette volonté de faire une libéralité se soit produite libre- « ment, dans les conditions de capacité et de forme exigées par « la loi ; que sans doute une donation doit être annulée, quant « elle a été déterminée par une cause illicite... mais que l'exis- « tence de cette cause illicite doit résulter des énonciations de « l'acte lui-même, de telle sorte qu'il ne soit pas possible de « mettre en doute l'influence déterminante qu'elle a exercée « sur la volonté du débiteur ; considérant que la donation du « 30 mars 1881 ne renferme aucune indication qui permette « de penser que Fruneau, en la faisant, ait obéi à des motifs « contraires à la loi ou à la morale, que par suite elle doit être déclarée valable : Par ces motifs, infirme. »

La Cour d'appel prétendait donc s'en tenir à la notion d' « animus donandi », du moins quand les parties n'ont pas cru bon d'incorporer à cette cause abstraite la considération de fait ayant été pour eux déterminante. Elle se refusait à exercer une investigation quelconque en dehors de l'instrumentum, soit dans la teneur d'autres actes, soit dans la conscience des contractants. Elle aboutissait ainsi à marquer une limite à l'extension indéfinie de la prohibition étudiée. Mais sur pourvoi, la Cour de cassation emportant cette dernière barrière, condamna toute restriction dans la recherche de l'intention vraie des époux, faisant appel pour justifier cet élargissement de la « cause » au

concept de « fraude à la loi ». Par arrêt du 2 janvier 1907, en effet, la Chambre civile cassa, décidant que la Cour de Rennes avait violé l'article 1131 du Code civil « en refusant ...de puiser en dehors de la donation, des éléments de preuve dans les autres documents du procès, et dans les circonstances extrinsèques, alors qu'une fraude à la loi était alléguée... (1) »

Nous le répétons, il ne nous importe pas ici de savoir quelle est la vérité, parmi les opinions contradictoires qui ont été émises sur l'idée de « cause ». De même, en ce qui concerne plus spécialement les libéralités, la distinction de la « cause impulsive et déterminante » et des simples motifs, ne nous intéresse pas ici. Nous nous proposons seulement d'observer le développement d'un courant jurisprudentiel et de marquer avec ses différentes étapes, les moyens qui lui ont permis de les franchir.

En somme, l'utilité des articles 1108 et 1131 du Code civil est de permettre aux tribunaux d'atteindre facilement tous les actes, quelle qu'ait été l'ingéniosité des parties, qui tendraient à favoriser l'observation d'un pacte de séparation. Mais à l'inverse, appliqués à chacune en particulier des obligations contenues dans le pacte lui-même, ne sauraient-ils autoriser des distinctions entre elles selon leur cause propre, et entraîner parfois la validité partielle de l'accord ? Car s'il est vrai que des actes matériellement distincts peuvent avoir une même cause, il n'est pas moins exact que des dispositions distinctes d'un même pacte peuvent avoir des causes différentes. La théorie envisagée se révélerait ainsi une arme à deux tranchants, élargissant ici le domaine de l'interdiction, mais le restreignant par ailleurs lorsque la convention enfermerait des stipulations d'un caractère licite. Si l'attitude de la jurisprudence n'était dictée en ce domaine par une hostilité préconçue, ne devrait-elle pas se conformer à cette interprétation sans choisir suivant ses effets ?

A cet égard, un arrêt de la Chambre civile du 14 juin 1882 est particulièrement intéressant. Des conjoints, transigeant au cours d'une instance en séparation de corps, avaient convenu, par-devant notaire, des conditions de leur séparation amiable.

(1) Trib. de Nantes, 31 juill. 1902, C. de Rennes, 27 avril 1903 ; Civ. 2 janv. 1907. D. 07.1.137, *note* A. Colin ; S. 11.1.585, *note* Wahl.

Par cet acte le mari s'était reconnu débiteur envers sa femme d'une somme de 50.000 francs, payable sans intérêt le lendemain de son décès. A l'arrivée du terme, la veuve réclama les 50.000 fr. à ses héritiers. Le tribunal civil de Barbezieux, par jugement du 29 août 1877, crut pouvoir examiner séparément les divers éléments de ce compte forfaitaire de liquidation, qui comprenait en réalité trois créances distinctes. En premier lieu, le mari avait accepté les demandes d'indemnité que sa femme avait formulées en justice, soit 23.656 francs ; en second lieu il avait promis de lui verser, pour tenir lieu des intérêts à courir jusqu'à sa mort, une somme de 15.000 francs ; et enfin pour remplir l'obligation qu'il avait assumée en se mariant, de pourvoir seul à son entretien, il avait consenti à lui devoir 11.344 francs. Le jugement annula les deux derniers éléments de ce compte, comme convenus en considération directe de la séparation ; mais il admit la validité de la créance d'indemnité, comme ayant « une origine et une cause antérieures à la transaction ». La Cour de Bordeaux confirma en appel par adoption de motifs, déclarant au surplus que les 26.344 francs refusés à l'appelante constituaient une donation déguisée. La veuve se pourvut contre cette décision.

La Cour de Cassation, appelée à statuer sur cette application distincte de l'idée de cause à chacune des clauses de la convension, qui permettait ainsi d'obtenir un résultat, semble-t-il, plus tatisfaisant, refusa de suivre l'interprétation proposée par les raisons suivantes :

« Attendu qu'aux termes des articles 307 et 1443 du Code « civil toute séparation volontaire de corps et de biens entre « époux est prohibée ; qu'il suit de là que toute convention qui « a pour objet de régler les conditions d'une pareille séparation « a une cause illicite, et comme telle ne peut produire aucun « effet juridique. Attendu que cette nullité vicie indistinctement « toutes les clauses d'une semblable convention, dans laquelle « les engagements réciproques des contractants ont également « pour cause le maintien et le règlement de la séparation de fait « prohibée par la loi ; *qu'il importe peu que quelques-unes des « obligations prises par les contractants dans un tel acte aient « une cause spéciale antérieure* ; *que lors même qu'elles seraient*

« *valables en vertu d'une autre cause, ces obligations ne peuvent* « *trouver une confirmation dans un acte radicalement nul, qui* « *ne peut conférer aucun titre aux parties qui y ont concouru* ; Par « ces motifs, casse (1). »

Ainsi dans cette jurisprudence rigoureuse tout est nul ; les accords réglant la séparation à raison de leur objet ; les stipulations accessoires à raison de la condition qu'elles impliquent ; les contrats tout-à-fait distincts à raison de la cause qu'ils expriment ; les conventions mêmes dont la cause est abstraite, si la pensée secrète des conjoints peut être découverte, à raison de la fraude à la loi qu'elles tentent de réaliser ; les accords enfin dont le but est licite, mais qui malheureusement sont inscrits dans un pacte, parce que, affirme la Cour de cassation, cet acte radicalement nul ne saurait jamais conférer un titre valable aux contractants.

II. — C'est là une première manifestation de cette interprétation sévère des principes par les tribunaux : le champ d'application de l'interdiction de l'article 307 est indéfiniment étendu. Il en est une seconde qui va de soi, pourrait-on dire, mais que nous sommes obligé néanmoins de mentionner, car son atténuation caractérise précisément l'autre tendance que nous étudierons au prochain paragraphe. Elle consiste en ce que les actes nuls ne peuvent produire absolument aucun effet. « Nul et de nul effet », c'est la formule que cette jurisprudence applique à la lettre.

Les pactes en tant que tels, — c'est-à-dire indépendamment de l'état de séparation de fait qu'ils supposent mais qui peut aussi bien avoir pour origine une répudiation ou un abandon, — ne peuvent justifier aucune conséquence valable *pour le présent.* Cette proposition est évidente, puisque ni l'une ni l'autre des parties ne peut fonder sur eux, soit une action, soit une défense. Ils ne peuvent entraîner non plus aucun effet *pour l'avenir*, puisque les obligations à exécution successive qu'ils renferment n'ont aucune valeur en justice. Enfin, les résultats même qu'ils ont pu réellement produire *dans le passé*, sont également mé-

(1) Trib. de Barbezieux, 29 août 1877 ; C. de Bordeaux, 10 fév. 1879 ; Civ. 14 juin 1882. S. 82.1.421 ; D. 83.1.248.

connus par les tribunaux. Ainsi lorsqu'un conjoint a rendu à l'autre, lors de la rupture amiable, ses biens propres, et qu'il en a reçu quittance, si plus tard il est sollicité une seconde fois d'effectuer cette opération, il ne peut valablement invoquer le titre qui le libère et il doit en principe, sauf le jeu de l'idée d'enrichissement sans cause dans des limites étroites, restituer à nouveau lesdits biens. C'est ce que la Cour de Caen a décidé dès 1825, retenant en outre un argument tiré de l'incapacité de la femme, au sujet d'une dot de 1.000 francs qu'un mari avait eu l'imprudence de remettre à celle-ci, et qu'elle lui réclama encore dans la suite, lorsqu'il prétendit révoquer le mandat qu'il lui avait donné (1). C'est ce qu'admit également un peu plus tard le tribunal civil de Barèges, dans des circonstances analogues, l'épouse ayant vu les meubles qui lui avaient été restitués, saisis et vendus par un de ses créanciers (2).

Nous avions donc raison de dire, au début de cet exposé, que ce premier courant de la jurisprudence emporte tout sur son passage de ce qui touche de près ou de loin à la séparation, et n'en laisse rien subsister.

§ 4. — Les conséquences de la nullité : la tendance restrictive inspirée des réalités.

Etudions maintenant le deuxième courant qui, rappelons-le, tout en observant la loi, l'interprète d'une façon plus libérale, et n'hésite pas à tenir compte des situations de fait en une certaine manière légitimes.

Sans doute il n'y a pas contradiction, ni opposition radicale, entre les décisions du premier groupe et celles que nous croyons pouvoir en distinguer. Les unes comme les autres, sauf l'arrêt précité de la Cour d'Alger, enseignent la même doctrine. Néanmoins si l'on s'en réfère au contenu effectif des sentences, et non à leurs seuls motifs, on constate la profonde divergence des résultats qu'elles consacrent.

(1) V. *supra*, p. 376, note 3.
(2) Sous Pau, 13 juin 1866. S. 67.2.41.

Avant tout il convient de noter que, bien que le pacte ne puisse jamais être invoqué comme exception opposable à une demande en réintégration du domicile conjugal, certaines Cours cependant le prennent en considération, pour décider qu'il a par lui-même pour effet d'enlever au refus formulé dans ces conditions tout caractère injurieux susceptible de fonder une action en divorce (1).

I. — Quant à l'étendue de la nullité, la dernière conséquence que nous avons vu exprimer par la Cour de Cassation n'est pas regardée par tous les tribunaux comme ayant un caractère dogmatique. La Chambre Civile déclarait en 1882, répudiant toute discrimination entre les clauses d'une convention, qu'il importe peu que quelques-unes des obligations contenues dans un tel acte aient une cause spéciale antérieure, que, lors même qu'elles seraient valables à cet égard, elles ne pourraient trouver une confirmation dans un acte radicalement nul ne pouvant conférer aux parties aucun titre. Qu'aurait dû décider la Cour de Pau, en 1894, si elle avait suivi cette doctrine rigoureuse, en présence d'un accord qui contenait une liquidation pécuniaire, mais faite en exécution d'un jugement préalable de séparation de biens ? Evidemment elle aurait dû proclamer la nullité du tout. Or, loin de se résigner, pour la beauté logique du système, à une conséquence aussi peu raisonnable, la Cour admit la validité partielle du pacte.

« Attendu qu'il n'est pas exact de soutenir que la nullité de « cette convention [la séparation personnelle] doit entraîner « la nullité de toutes les obligations prises... dans l'acte sus- « visé... ; que cet acte contient, en effet, deux dispositions par- « faitement distinctes et indépendantes l'une de l'autre ; que « dans une première partie il a réglé tout d'abord le montant des « reprises de la dame P. [en vertu d'un] jugement de séparation « de biens... ; que dans une seconde partie et par une seconde « convention, n'ayant aucun rapport avec la dation en paie- « ment,... les époux P. ont réglé les conditions de leur sépara- « tion volontaire..., que dans ces conditions on ne saurait ad-

(1) Caen, 25 fév. 1914, *Rec. Caen*, 1914.137. Cf. Req. 11 déc. 1888. P. 89.1.347 ; S. 91.1.466. Trib. Seine, 2 nov. 1899. D. 00.2.298.

« mettre que la nullité de cette dernière convention entraîne « la nullité de la première (1). »

Entre les deux arrêts que nous venons de rapprocher, il existe incontestablement malgré les précautions prises par la Cour d'appel, affirmant la dualité des conventions, une opposition dans l'interprétation même du droit. Mais ce qui apparaît surtout, c'est l'opposition d'attitude vis-à-vis du cas particulier. Alors que la Chambre civile proclame une règle théorique dépassant singulièrement la question débattue, et préjugeant pour l'avenir de toutes les difficultés analogues, sans laisser place à des tempéraments peut-être nécessaires ; la Cour de Pau, naturellement plus proche des faits, émet une solution concrète, sans doute motivée en droit mais inspirée surtout par une compréhension plus parfaite des réalités.

Ce n'est pas tout. Tandis que certains tribunaux pourchassent à l'aide de l'idée de cause, pour les invalider comme les pactes eux-mêmes, les actes annexes pourtant non motivés, d'autres moins rigoureux négligent de recourir à ce procédé sans merci.

On sait qu'un mandat d'administration et de jouissance supplée souvent, tant bien que mal, une liquidation du contrat de mariage impossible à opérer valablement. Si l'on considère le but en vue duquel il intervient, il est légal de le déclarer illicite, et par là de le regarder comme inexistant. C'est cependant ce que n'a pas fait la Chambre des Requêtes elle-même, à la suite de la Cour de Riom, à propos d'une espèce déjà ancienne il est vrai.

Les conjoints Gaultier, vivant en fait séparés depuis 1851, avaient en 1855 régularisé, si l'on peut ainsi dire, leur situation par divers accords. A plusieurs reprises par la suite l'époux, marié sous régime exclusif de communauté, avait donné à sa femme procuration authentique, visant une partie de ses propres, à l'effet de les administrer et d'en jouir pour son entretien personnel. Puis cette dernière obtint en 1854 contre lui un jugement de séparation de biens. Il fallut alors procéder à une liquidation régulière. Allait-on tenir compte des résultats des mandats ? Les premiers juges ne se posèrent pas même la question, s'efforçant

(1) V. *supra*, p. 376, note 5.

simplement d'interpréter fidèlement l'intention de leur auteur. De son côté la Cour suprême rejeta le pourvoi par ce motif, que l'arrêt n'était que: « la conséquence des *conventions légitimes* des époux ». Le comble en cette affaire, c'est que la Cour d'appel n'avait pas craint de recourir aux ententes de 1855, pour éclairer la volonté de ceux-ci ; déclarant en propres termes : « La nullité légale de ces accords ne les efface pas en tant qu'ils révèlent la commune intention des deux parties à cette époque (1). » Vraiment on ne saurait marquer plus belle indifférence à l'égard des articles 1108 et 1131 du Code civil.

A propos d'une instance analogue, la Cour de Paris, en 1903, adoptant les motifs d'un jugement du tribunal de la Seine, bien loin d'invalider elle aussi une restitution de cette sorte, admit que le mandat qu'elle impliquait de la part du mari devait être soumis à des règles particulières. « Attendu en droit... que s'il peut donner à sa femme le mandat de gérer les biens de la communauté, ce mandat ne s'exerce que sous son contrôle et sous sa direction ; qu'il suit de là que la responsabilité de la femme pour la gestion des biens communs ne saurait être celle d'un mandataire soumis à toutes les règles ordinaires, que la femme ne saurait être soumise à l'obligation de rendre compte, et n'est tenue que jusqu'à concurrence du profit personnel dont la preuve incombe au mari (2). »

Mais une affirmation encore plus nette de cette attitude se lit dans une décision du tribunal civil de Dijon du 30 janvier 1895. Le mari demandait aux juges de déclarer nulle la procuration authentique qu'il avait donnée à sa femme ensuite d'un « pacte d'honneur », et d'invalider par suite les actes qu'elle avait conclus en s'y conformant, notamment un bail et une inscription d'hypothèque. Ils déboutèrent celui-ci de ses prétentions : « considérant... que la procuration générale qu'il avait donnée à sa femme n'avait pour but que d'assurer son existence matérielle, et n'était que le « commencement d'exécution d'un *modus* « *vivendi* nouvellement adopté par les époux ; que si le pacte « d'honneur était radicalement nul au point de vue de ses effets « légaux, il ne s'ensuit pas nécessairement que les actes subsé-

(1) C. de Riom, 6 déc. 1867. Req. 25 nov. 1868. D. 69.1.148.
(2) Trib. Seine, 1er déc. 1901, C. de Paris, 7 janvier 1903. D. 04.2.79.

« quents, qui n'avaient eu pour but que d'assurer, d'accord « avec le mari, l'existence matérielle de la femme fussent nuls « de droit (1) ». C'était là peut-être marquer trop ouvertement la primauté de l'équité sur la légalité, car la Cour d'appel, tout en confirmant sur le fond, s'ingénia à présenter une justification sollicitant moins un pourvoi.

II. — Ainsi les pactes de séparation peuvent enfermer des conventions valables ; d'autre part, les contrats accessoires peuvent échapper à l'idée de cause. Mais en outre, même les stipulations déclarées nulles peuvent néanmoins produire effet d'une manière indirecte. C'est là le caractère le plus typique de cette seconde tendance.

Pour comprendre comment sont possibles de tels résultats, il faut se souvenir que la jurisprudence a élaboré tout un ensemble de règles prétoriennes, régissant d'une façon générale la séparation de fait. Elle admet notamment, en ce qui concerne les rapports des époux eux-mêmes, que les obligations alimentaire et de secours, qui par la force des choses ne peuvent plus être exécutées normalement au foyer, ne disparaissent pas pour autant ; mais donnent lieu, au profit de l'époux dans le besoin contre celui qui se refuse à reprendre la vie commune, à une exécution forcée sous forme de pension, dont le taux et les modalités sont arbitrées souverainement par le juge.

Nous n'invoquerons pas à l'appui de nos dires l'arrêt de la Cour d'Alger de 1864, bien qu'il ait ordonné l'observation de l'accord au sujet duquel il était requis, puisqu'aussi bien la tendance qu'il manifestait n'était pas seulement restrictive, mais bien négative de la prohibition légale. L'une des premières décisions qui ait à la fois déclaré nul le contrat invoqué, et pratiquement décidé qu'il produirait effet, est un arrêt de la Cour de Colmar du 12 juillet 1806. Les premiers juges avaient admis la validité, au cours d'une instance en séparation de biens, de l'option laissée par le mari à sa femme de le rejoindre ou de lui payer une pension annuelle de 250 francs ; et par suite avaient

(1) Sous C. de Dijon, 13 nov. 1895, *G. P.* 95.2.686 ; D. 96.2.133 (1re espèce).

inséré cette option dans leur jugement. La Cour, bien entendu infirma en appel, déclarant que c'était là « consacrer une séparation de corps volontaire prohibée par les articles 307 et 1443 du Code civil », et condamna l'appelante purement et simplement à rejoindre son époux. Mais en même temps elle décida que jusque-là elle devrait lui verser les 250 francs par an stipulés pour son entretien. Les principes sans doute étaient saufs, mais en vérité il n'y avait pas grand'chose de changé (1).

Si les juges en arrivent ainsi à rendre parfois obligatoire le versement des annuités futures, on doit s'attendre à ce qu'ils accueillent de même une action en paiement des arrérages échus.

Le tribunal civil de Dunkerque fut saisi en 1829 d'une demande de ce genre. Un mari, après avoir promis à sa femme de lui assurer une pension, refusait de tenir ses engagements sous prétexte d'inobservation du pacte de sa part ; après s'être heurtée quinze mois à son mauvais vouloir, celle-ci forma contre lui une demande en séparation de corps, et conclut à sa condamnation à l'acquittement de toute la somme en retard. Le jugement reconnut le bien fondé de sa prétention en ces termes : « Considérant que c'est à tort que le sieur X., s'est refusé de continuer la pension... ; [qu'] il devait reprendre sa femme, s'il ne voulait pas lui fournir les moyens de vivre suivant son rang et sa fortune ; que c'est donc avec juste raison que la dame X., a continué la même dépense sous la foi de la promesse de cette pension ; *qu'il est par conséquent de toute justice* de condamner le sieur X., à payer les arrérages de cette pension, jusqu'au jour de la demande en séparation de corps. »

C'était là purement et simplement juger en équité. La Cour

(1) V. *supra*, p. 376, note 2.

Cf. Trib. Seine, 1er juillet 1898 : « Attendu que par acte sous seings privés non daté Bourguignon reconnaît qu'il s'est rendu coupable de torts graves envers sa femme, l'autorise à prendre une résidence distincte et s'engage à lui payer une pension de 80 francs par mois ; qu'il résulte des documents produits qu'il s'est, pendant un certain temps, conformé à cet engagement. Attendu qu'il est de jurisprudence constante que la femme que le mari refuse de recevoir au domicile conjugal peut, sans recourir au divorce, exiger une pension alimentaire. Attendu à la vérité, que le demandeur offre dans ses conclusions de reprendre sa femme. Mais attendu que cette offre, à supposer que l'installation actuelle de Bourguignon lui permette de la réaliser, ne saurait être prise en considération par le tribunal... Fixe à 50 francs par mois la pension. » (G. T. 1898.II.2.430.)

de Douai ne répudia pas certes cette attitude en appel, mais elle crut bon néanmoins de marquer son respect de la légalité. Aussi précisa-t-elle dans son arrêt : « Qu'indépendamment de la « convention dont il s'agissait, et de toute convention, il est de « principe qu'un mari... [s'il refuse de recevoir sa femme dans « la maison commune] doit lui fournir tout ce qui est néces- « saire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état, » et fit-elle, en confirmant le jugement, cette dernière mise au point : « Attendu que l'acte du 28 juillet 1827... n'a été invo- « qué que pour prouver quelle était la quotité de la somme à « allouer à l'intimée. » Cette prise en considération du pacte, comme un simple élément d'appréciation des faits, désarmait habilement le contrôle de la Cour suprême, aussi la Chambre des Requêtes rejeta-t-elle le pourvoi formé contre cette décision par un arrêt du 28 décembre 1830 (1).

Au lieu de promettre des aliments à sa femme pour assurer son existence, le mari lui restitue parfois, au moyen d'un mandat, l'administration et la jouissance de ses biens, soit en totalité, soit en partie. Le résultat pratique sous ce rapport est le même : elle touche directement ses revenus au lieu de les recevoir de lui. S'il est vrai que certaines décisions considèrent cette opération comme valable et la sanctionnent comme telle, il en est d'autres

(1) Trib. de Dunkerque, 10 août 1829 ; C. de Douai, 13 déc. 1829 ; Req. 28 déc. 1830. S. 31.1.11. *J. G.* v° Contrat de mariage, n° 1011, 2°.

Aubry et Rau ont cru pouvoir généraliser la doctrine de cette décision d'espèce, et la transformer en véritable principe d'interprétation, mais leur opinion sur ce point n'a pas eu d'échos :

« Quand les époux sans être séparés de corps, ne font cependant pas ménage commun, on doit... pour résoudre la question de savoir si l'un des conjoints est en droit de demander à l'autre une pension alimentaire, distinguer entre le cas où la cessation de la vie commune est la suite d'une convention intervenue entre eux, ou provient du fait de l'un d'eux seulement.

« Au premier cas, aucun des époux ne peut réclamer de son conjoint une pension alimentaire. Que si, en se séparant conventionnellement, l'un des époux s'était engagé à servir à l'autre une pareille pension, cet engagement devrait sans doute recevoir son exécution pour le passé, dans la mesure du temps pendant lequel les époux sont restés séparés ; mais il ne serait pas obligatoire pour l'avenir, en ce que celui qui l'a souscrit pourrait toujours en refuser l'accomplissement ultérieur, *en offrant de rétablir la vie commune.* » (4e éd., t. V, § 470 ; 5e éd., t. VII, p. 190.)

Cf. Paris ,25 janvier 1901. *Le Droit*, 14 mars 1901.

Trib. Seine, 13 mars 1900. *Le Droit*, 28 avril 1900 et *Mon. jud. Lyon*, 10 juillet 1900.

qui, ne contestant pas sa nullité, lui font produire néanmoins des effets identiques. Ainsi tandis que le tribunal de Dijon, dont nous venons de citer le jugement, avait suivi la première voie, la Cour d'appel, de même que celle de Douai relativement à la pension, prit soin de bien noter qu'elle ne fondait pas sa sentence sur l'accord invoqué. Le raisonnement qui lui permit de formuler cette conclusion était le suivant : « Attendu... que le pacte intervenu entre les époux X., est nul ; que toutefois la séparation volontaire desdits époux, ensuite des arrangements précités, implique un *mandat tacite*... que le mari [en effet] a toujours le droit de donner mandat à sa femme d'administrer tout ou partie des biens de la communauté..., que si la procuration générale donnée par X., à sa femme est nulle en tant qu'elle aurait eu pour effet, contrairement aux stipulations du contrat de mariage, d'habiliter l'intimée à gérer ses biens personnels pour son propre compte, elle n'en *équivaut* pas moins à un mandat donné par le mari à sa femme de gérer, d'administrer lesdits biens, et d'en attribuer les revenus à ses besoins et à ceux de ses enfants ; que c'est en vertu de ce mandat qu'ont été consentis les baux (1)... »

Mais ce n'est pas seulement sur le terrain des prestations alimentaires et de l'administration des biens, que joue cette jurisprudence ingénieuse. La Cour de Paris, par une décision récente du 8 février 1912, l'a étendue aux accords concernant la garde des enfants. Il y avait eu en l'espèce abandon du domicile conjugal par le mari pour mener une vie irrégulière, mais en même temps initiative de sa part de contribuer aux charges de sa femme, à qui il abandonnait le soin d'élever sa fille, se réservant seulement le droit de lui faire visite. Puis, persistant dans son inconduite, il imagina de réclamer celle-ci pour contraindre sa femme indignée à agir en séparation, et de cette façon se libérer d'elle au bout de trois ans par une conversion en divorce. L'épouse déjoua cette manœuvre et s'adressa à la justice pour obtenir que son enfant, alors âgée de 16 ans, ne fût pas remise à son père, incapable de lui assurer un foyer

(1) V. p. 390, note 1.

honnête. Le tribunal civil de la Seine et la Cour de Paris en appel firent droit à cette requête. Leur décision, indépendamment d'autres points clairement analysés par M. L. Hugueney dans une note au « Sirey », présente à notre point de vue un très grand intérêt par la mention qu'elle fait du pacte, rendu parfait par l'adhésion de l'épouse, comme élément déterminant du jugement. Voici quels étaient les motifs retenus par l'arrêt :

« Considérant que R., ne peut *raisonnablement* se prévaloir « de la puissance paternelle, qu'il exerce exclusivement en vue « de la réussite de ses projets d'intimidation, et qu'*il serait* « *injuste* de l'admettre à tirer en quelque sorte profit de ses « propres torts, alors que l'intimée consent et demande à re- « prendre et à continuer la vie conjugale ; que du reste, au « moment où, son inconduite étant flagrante, il abandonnait « les siens, il écrivait le 13 septembre 1907 à sa femme : « Je me « propose à partir du 1er octobre de te faire remettre chaque « mois 300 francs » ; qu'il s'engageait en outre à payer le loyer « de l'intimée, ses contributions, les dépenses supplémentaires « d'entretien de la jeune Germaine ; qu'il ne réclamait que la « faculté de la voir deux fois par semaine, et de temps à autres, « une après-midi de jeudi ou de dimanche ; qu'en somme il « proposait lui-même, souscrivait et a d'ailleurs exécuté pen- « dant plusieurs années, un *arrangement qui ne diffère pas de celui* « *que les premiers juges ont prescrit et que la Cour s'approprie* (1). »

Cette constatation finale de la similitude du jugement et du pacte laisse percer une ironie discrète à l'égard de la loi si habilement jouée.

C'est là en somme le biais adopté par cette jurisprudence. Les clauses du contrat restent de nul effet, elles ne peuvent être sanctionnées comme telles sans donner ouverture à cassation ; mais les tribunaux, faisant alors application des règles générales élaborées en matière de séparation de fait, calquent les mesures qu'ils sont sollicités de rendre, sur celles convenues auparavant par les conjoints eux-mêmes. Ce faisant ils édictent, selon toute vraisemblance et sauf la preuve contraire toujours possible, les

(1) C. de Paris, 8 fév. 1912. S. 14.2.209 et la note.

prescriptions les plus appropriées aux exigences du cas, étant le résultat du commun accord des intéressés. En même temps ils assurent indirectement, mais efficacement, le respect de la parole donnée. Cette pratique qui ne saurait soulever d'objection grave, mérite donc à ce dernier point de vue d'être approuvée.

* * *

La Question des Conventions tacites. — Bien que nous limitions cet exposé à l'examen des accords entre époux dans leur application judiciaire, et que nous laissions délibérement de côté les éléments généraux du problème, communs à toutes les formes de séparation irrégulière, il est néanmoins indispensable que nous sortions quelque peu du domaine étroit des pactes proprement dits. Nous avons pour objet l'étude de la séparation consensuelle ; or, si ce phénomène du droit de famille se reconnaît surtout à la passation entre les conjoints d'un contrat stipulant les conditions de leur nouvelle vie, cette manifestation de leur entente, sans doute assez fréquente, n'a pas lieu cependant dans tous les cas. Il existe très certainement une forme plus rudimentaire, et par là même plus répandue, où le double consentement des parties se produit simplement sur l'unique fait de la rupture. Il semble alors que les époux adhèrent par leur silence au système général élaboré en cette matière par la jurisprudence, ce qui nous amènerait, si nous voulions être complet, à reprendre entièrement cette exposition. Nous ne le croyons pas utile après tant d'autres ; aussi bornerons-nous cette enquête à deux points principaux.

I. — Envisageons, en premier lieu, la question des ressources de la femme vivant à part de son mari du consentement de celui-ci. On peut croire, selon toute vraisemblance, que la distinction des ruptures amiables selon qu'elles sont accompagnées ou non d'une convention, correspond à la distinction des ménages, suivant qu'ils ont un patrimoine ou qu'ils sont dépourvus de fortune. Les époux possédant des biens, ou ayant d'importants revenus à quelque titre que ce soit, font un contrat pour déterminer le partage de ces revenus ; ceux au contraire qui

n'ont pour vivre qu'un salaire tout juste suffisant, s'en vont chacun de son côté, ne comptant que sur leur travail pour assurer leur subsistance : entre eux il n'est nul besoin d'un acte, surtout s'ils n'ont pas d'enfant. Il s'agit évidemment en ce cas de conjoints mariés sous le régime légal de communauté, et le plus fréquemment louant tous les deux leurs services à un patron ou à une entreprise. Les ressources de la femme consistent donc essentiellement, sinon même uniquement, dans ses gains personnels.

En réalité, dans l'hypothèse que nous formulons, s'il n'y a pas de convention, on peut dire cependant, sans créer ainsi une fiction, qu'il existe entre les parties un *accord tacite* en tenant lieu, et aux termes duquel chacun doit conserver définitivement ses salaires. Quelle est alors la position de la jurisprudence à l'égard de cet accord tacite ?

A priori, on doit examiner successivement deux périodes, l'une antérieure et l'autre postérieure à la loi du 13 juillet 1907, qui a profondément innové en cette matière. Avant cette loi les gains séparés de la femme tombaient sans restriction dans la communauté, c'est-à-dire étaient immédiatement soustraits à tout droit de sa part ; son mari ayant seul qualité pour en disposer sans contrôle. Depuis cette loi la situation se trouve renversée : elle peut librement en jouir et en disposer ainsi que des économies en provenant ; étant désormais par rapport à eux pleinement capable. Ils constituent des biens communs réservés que la femme, ou ses héritiers en ligne directe, conservent, même s'ils renoncent à la communauté.

a) Il semble donc aujourd'hui que le « pacte tacite » des époux ne puisse plus rencontrer d'obstacle dans la loi, mais au contraire une consécration formelle. C'est ce qui nous a fait dire plus haut qu'elle favorise la séparation de fait. Cependant le but que poursuivait le législateur en la promulguant était bien étranger à cette conséquence ; il n'avait en vue, sous réserve toutefois du cas spécial d'abandon coupable du foyer par le mari (1), qu'une meilleure organisation de la vie commune, et

(1) Le texte voté en 1896 par la Chambre des Députés prévoyait expressément l'application de la loi pour le cas « d'abandon par le mari du domicile conjugal ». Le Sénat a substitué à cette disposition un texte

d'ailleurs édictait plusieurs dispositions en ce sens. C'est ainsi qu'on lit dans l'article 2 : « En cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés *dans l'intérêt du ménage*... notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion, le mari pourra en faire prononcer le retrait. » Aussi la jurisprudence aurait-elle pu, interprétant restrictivement ce texte, déclarer la loi inapplicable au cas de séparation volontaire. Elle aurait de la sorte manifesté sa tendance rigoureuse. En réalité, et c'est pourquoi nous avons placé ici ce développement, elle a entendu les termes de la loi dans leur sens le plus large. Dès 1909 en effet, la Chambre civile, par arrêt du 1er février cassant une décision d'appel du tribunal de Boulogne-sur-Mer, proclamait la loi de 1907 invoquable « sans qu'il y ait lieu de distinguer si les époux vivent ensemble ou sont séparés de fait (1). »

Une espèce particulièrement intéressante du point de vue qui nous préoccupe, en ce qu'elle dénote de la part des juges l'attitude la plus bienveillante à l'égard de la séparation consensuelle, est celle qui se présenta devant la Cour de Lyon le 17 octobre 1919. Un mari prétendait, après le décès de sa femme et la renonciation à la communauté faite par ses ascendants héritiers, faire rentrer dans la masse commune le pécule amassé par elle à l'aide de ses bénéfices propres, au cours de sa longue existence séparée. Il prétendait ainsi faire échec à la disposition de la loi de 1907 qui, par son article 5, attribue lesdits biens à l'épouse ou ses héritiers en ligne directe nonobstant cette renonciation. Il se fondait, semble-t-il, sur le caractère étranger au débat de ce texte, écrit en vue d'une situation toute différente. Les conjoints Garnery s'étaient, en effet, séparés à l'amiable deux mois seulement après leur mariage, et depuis ce temps l'épouse, retirée à Paris auprès de ses parents, avait sous son nom de jeune fille, comme tenancière d'hôtel meublé, réalisé au su de son mari d'importantes économies. Certes la Cour aurait pu, reproduisant des affirmations déjà vues, déclarer que la loi n'avait pas pour but de sanctionner une situation « illicite et contraire aux bonnes mœurs », et refuser l'application de la disposition préci-

plus général, devenu l'art. 7, et qui ne fait aucune distinction entre les époux. (S. *Lois annotées*, 1908, p. 599, note 26.)

(1) Civ. 1er fév. 1909. D. 09.1.85 ; S. 09.1.209.

tée. Elle ne le fit pas, décidant « qu'il n'exist[ait], ni en droit ni en fait, aucun motif de priver cette femme du bénéfice de la loi du 13 juillet 1907 », et marquant par là à quelle conception générale elle entendait se rattacher en ce domaine.

Mais en réalité elle fit beaucoup plus que d'entendre favorablement un texte, pouvant autoriser une autre interprétation : elle étendit son application dans le temps au delà des limites strictement imposées par le principe de non rétroactivité, inscrit dans l'article 2 du Code civil. La séparation avait eu lieu dès 1897 et avait duré jusqu'en 1916, date du décès de l'épouse. Il aurait donc fallu pour procéder régulièrement distinguer les bénéfices antérieurs à 1907, entrés définitivement dans la communauté (1), et ceux postérieurs, seuls soumis au nouveau régime. Cette solution semblait même commandée par la convention des parties, puisqu'en 1908 seulement le mari avait expressément renoncé, en échange de l'abandon par elle de son hypothèque légale, à produire aucune réclamation à ce sujet contre elle. Néanmoins les juges décidèrent, sans s'embarrasser autrement du principe dont s'agit, comme si l'accord conclu en 1908 avait auparavant existé tacitement, ou bien avait eu pour effet de modifier la nature juridique des gains déjà réalisés, que « le pécule (était) devenu (par la renonciation) des héritiers un bien propre sur lequel Garnery n' (avait) rien à prétendre (2) ».

On est donc fondé à conclure pour la période actuelle, que le « pacte tacite » que nous avons cru découvrir dans les séparations amiables sans contrat, devenu par chance conforme à la législation, est respecté par la jurisprudence et même envisagé par elle très favorablement. Peut-on également affirmer, au seul vu de cette décision, qu'il en serait de même en l'absence de la loi nouvelle ? Ce serait sans doute aventureux, car le moyen de non rétroactivité ne paraît pas avoir été soulevé

(1) C'est ce qui résulte d'un arrêt formel de la Chambre des requêtes du 2 février 1914 (D. 14.1.128) qui a décidé que les biens réservés dont la loi de 1907 autorise la reprise par la femme, en cas de renonciation à la communauté, ne comprennent pas les gains réalisés dans l'exercice d'une profession distincte de celle du mari, antérieurement à la promulgation de ladite loi. Le pourvoi invoquait en particulier les inconvénients d'une liquidation scindée en deux périodes.

(2) D. 21.2.25.

devant la Cour de Lyon, et par suite nous ignorons comment elle l'aurait accueilli.

b) Pour ce qui est justement du régime antérieur à la loi de 1907, nous sommes renseigné sur le système des tribunaux par un arrêt de la Cour suprême, qui, bien que rendu le 24 décembre 1917, réglait une situation très ancienne. Il s'agissait, en réalité, dans cette espèce, d'une séparation de fait par abandon, c'est-à-dire par la volonté d'un seul ; mais néanmoins la question de droit s'y trouve posée dans les mêmes termes, les premiers juges ayant dégagé des circonstances, au lieu d'un pacte tacite, l'existence d'un mandat tacite attribuant à la femme ses salaires ; aussi nous la retenons à raison de l'autorité qui s'attache à l'arrêt.

Pierre Culerier, marié sans contrat en 1857, avait abandonné son épouse en 1884 « la sachant sans autre moyen de vivre que son salaire journalier ». Aussi les juges du fait décidèrent-ils qu'il « *avait dû*, par cette seule attitude lui permettre de recueillir et conserver les fruits de son travail et de ses économies ». Après avoir de la sorte amassé quelque bien, ladite dame consentit un prêt à des époux Boullay, puis transmit sa créance contre eux à un sieur Bioche. Celui-ci, ayant actionné ses débiteurs en remboursement, obtint en 1909 de la Cour d'Angers une décision favorable. C'est alors que le mari, de connivence avec les époux Boullay ses propres héritiers, forma tierce opposition contre l'arrêt, prétendant que sa femme n'avait pu valablement disposer des biens de la communauté. La Cour d'Angers déclara mal fondée cette intervention, et la Cour de cassation, sur pourvoi, adopta la même solution, c'est-à-dire proclama que les biens en question ne faisaient pas partie de la masse commune.

Une pareille doctrine est, avouons-le, surprenante, surtout que la Chambre civile prit soin de préciser que la loi du 13 juillet 1907, « loi postérieure aux faits », invoquée par la Cour d'appel à titre de simple argument d'analogie « ne saurait être considérée comme ayant (été) appliquée à la cause ». Voici la brève justification, si l'on peut ainsi dire, donnée par la Cour suprême : « Attendu... que ces constatations et appréciations impliquent la reconnaissance, au profit de la femme, d'un man-

dat tacite nécessaire et général de disposer librement des fruits en question, *bien qu'ils dussent tomber dans la communauté conjugale* (1). »

Comme le fait remarquer l'annotateur du *Sirey*, qui, tout en trouvant la décision des plus équitables, se voit obligé de faire des réserves sur ses considérants, et lui propose une autre explication elle aussi selon nous critiquable, on peut se demander quelle est la signification précise de ce « dussent ». Ou bien ces fruits qui auraient dû être communs sont restés propres à la femme, ou au contraire, bien qu'étant tombés dans la communauté, ils ont été mis à sa libre et entière disposition. Mais peu importe, dans un cas comme dans l'autre l'obstacle est toujours le même : la règle d'immutabilité interdit au mari de faire que des biens par nature communs entrent dans un patrimoine propre, de même qu'elle l'empêche de faire sortir après coup des éléments entrés dans la communauté pour les rendre propres. En vérité on ne voit pas comment, le régime matrimonial subsistant, par le seul effet d'un mandat (il en serait de même d'un pacte) les gains de la femme pourraient, en l'état du droit envisagé, être distraits de la masse commune lors de la liquidation. Si la Cour suprême avait toujours fait preuve de la même liberté vis-à-vis des textes et montré le même souci des réalités, au lieu de s'ingénier à faire prévaloir absolument et malgré tout la volonté du législateur, il est permis de croire que la séparation consensuelle constituerait aujourd'hui un système régulier et courant de suspension de la vie conjugale.

Donc les gains réalisés par la femme séparée lui appartiennent suivant la volonté présumée des parties, et en outre conformément à la législation nouvelle, sans qu'importe l'illégalité de la rupture.

II. — Le grand obstacle que rencontre sur son chemin la séparation consensuelle, c'est, avec le principe d'immutabilité, la règle de l'incapacité de la femme mariée.

Cette règle a subi depuis le Code civil un certain nombre

(1) C. d'Angers, 24 janv. 1911, Civ. 24 déc. 1917. S. 20.1.65 et *note* E. NAQUET.

d'exceptions dont nous venons de voir la plus importante concernant les biens réservés. Une seconde atténuation, celle-là traditionnelle, qui permet à l'épouse d'agir valablement sans autorisation, réside dans la théorie du mandat domestique. Elle peut accomplir seule les actes ménagers, et oblige ce faisant son mari ou la communauté. Cette exception joue-t-elle aussi dans l'hypothèse de séparation amiable, du moins lorsqu'il n'en est pas autrement décidé par contrat ? Sans doute lorsque l'épouse tire de la convention des ressources suffisant à couvrir ses besoins, il n'y a pas lieu de présumer la persistance de cette procuration de la part du mari ; il convient au contraire d'y voir sa volonté d'y mettre fin. Mais que se passe-t-il quand l'accord ne prévoit pour elle aucune ressource, ce dernier conservant la jouissance de tout le patrimoine familial ; ou quand la séparation volontaire n'est accompagnée d'aucun pacte ? Faut-il en conclure au maintien du mandat tacite, bien que son but soit essentiellement dirigé vers la vie commune ?

La jurisprudence se prononce nettement en faveur de sa persistance dans ce cas. Le tribunal civil de Lyon décida par exemple le 29 juin 1888, que le principe en vertu duquel la femme est réputée agir comme mandataire du mari pour les dettes qu'elle contracte, soit pour lui ou ses enfants, soit pour son entretien ou les besoins du ménage, reçoit application alors même que les époux se sont séparés d'un commun accord, et que d'autre part celui-ci n'a pendant la durée de cet éloignement fourni aucun secours à son épouse, en continuant néanmoins de percevoir les revenus de la communauté (1). Quelques années plus tard on reconnaît la même doctrine dans un arrêt de la Cour de Dijon qui, après avoir proclamé nulles les conventions passées par les parties, c'est-à-dire les avoir ramenées à la situation de conjoints séparés sans contrat, déclara « que toutefois la séparation volontaire implique un mandat donné par le mari à sa femme, de faire tous les actes nécessaires à son entretien et à celui de ses enfants (2). » Enfin on peut encore déduire *a contrario* la même doctrine d'un arrêt de la Cour de Paris du 25 mai

(1) *Mon. Lyon*, 1er août 1888. Cf. Req. 21 mars 1882. D. 82.1.363 ; S. 83.1.112.

(2) V. *supra*, p. 390, note 1.

1898 ainsi libellé : « Considérant que dans les circonstances de la cause, en raison de la séparation de fait ayant existé depuis plus de dix ans entre les époux... et de la pension alimentaire considérable servie par le mari à sa femme, les principes généraux résultant du mandat... doivent recevoir une exception (1). » Nous allons d'ailleurs retrouver cette question en étudiant les effets de la séparation consensuelle à l'égard des tiers, et nous verrons que le mandat subsiste lorsque la pension prévue et versée se trouve en fait insuffisante, eu égard aux besoins de la créancière et aux ressources du débiteur.

Donc lorsque la rupture s'opère du consentement des deux parties, il existe toujours entre elles une convention assurant à la femme le moyen de vivre : ou bien elle est expresse, et ses dispositions peuvent être fort variées, ou bien à son défaut elle est tacite, et alors elle a pour objet soit de lui attribuer la libre disposition de ses gains si la position du ménage la met dans l'obligation de travailler, soit de la rendre mandataire de son mari pour toutes les dépenses nécessaires à son entretien si celui-ci conserve seul le patrimoine de la famille.

En réalité lorsqu'il y a lieu de présumer ainsi l'existence d'un mandat, il n'a plus évidemment le même contenu que celui qu'on suppose au cours de la vie commune, car il ne répond plus aux mêmes besoins ; par exemple, il permettra à sa bénéficiaire de louer un appartement (2). Si l'on tente de l'analyser d'une manière plus précise, on s'aperçoit qu'il rend simplement compte ici de l'obligation d'entretien mise à la charge du mari par l'article 214 du Code civil, et l'on s'explique parfaitement qu'il ne puisse jouer que lorsque celui-ci n'exécute pas autrement son obligation. Peut-être même au fond n'est-il pas indispensable

(1) D. 99.2.309.

(2) Il ne faut pas confondre ici l'idée de mandat avec celle d'autorisation. Ainsi dans les hypothèses de séparation consensuelle où un tel mandat est exclu par le pacte, la jurisprudence pour valider les actes accomplis par la femme, et notamment la location d'un appartement, déclare qu'elle est autorisée tacitement à cet effet. C'est ce que décide un jugement du tribunal de la Seine du 22 août 1848, confirmé sur ce point en appel : « Attendu que Groves en autorisant sa femme à résider séparément l'avait implicitement autorisée à louer un appartement. » (C. de Paris, 23 février 1849, D. 49.2.135.)

d'y recourir, si l'on reconnaît que cette disposition confère à la femme un droit propre (1) ; à tout le moins présente-t-il l'avantage d'éviter toute difficulté relativement à la capacité de cette dernière.

§ 5. Les conséquences à l'égard des tiers, en particulier des créanciers de la femme.

Nous n'avons jusqu'ici envisagé la jurisprudence relative à l'exécution forcée des pactes, que dans les rapports des époux entre eux ou leurs ayant-cause à titre universel, considérant tour-à-tour une tendance absolument opposée à toute application judiciaire, et une seconde prenant en fait en considération lesdits pactes dans la mesure jugée utile et équitable. Mais la séparation conjugale, quel que soit son mode de formation, ne concerne pas seulement les deux parties en cause ; elle intéresse par les changements de capacité, de régime pécuniaire, ou simplement de mode de vie qu'elle entraîne, les tiers qui désormais vont contracter avec chacune d'elles en particulier. Il est évident, en effet, que des conjoints séparés ne se comportent pas dans l'existence, au point de vue économique et juridique, comme des époux vivant ensemble, et il en est ainsi, que leur situation soit légale ou irrégulière. Le code ne reconnaissant d'effets qu'à la seule séparation judiciaire, les tribunaux se sont donc vus

(1) Ainsi cette notion n'apparaît pas dans un arrêt de requête du 13 février 1844, ainsi conçu : « Attendu, en droit, que le mari est tenu de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état ; que cette obligation ne peut être écartée par la circonstance que la femme ne cohabite pas avec le mari, lorsque ce dernier, au mépris des devoirs qui lui sont imposés par la loi, tolère un pareil état de choses. » (J. G. v° *Contrat de mariage*, n° 1012.)

Les éléments de la cause étaient les suivants, rapportés par le jugement du tribunal de Gannat, du 28 janvier 1843 : « Attendu qu'il est constant, en fait, que les mariés de la Planche se sont séparés volontairement depuis environ dix ans, et que, pendant tout ce temps le mari a touché seul le revenu des biens des époux, comme chef de la communauté. Attendu que les fournitures dont le paiement est demandé ont été faites à la dame de la Planche pour son entretien personnel. Attendu que sous le régime de la communauté l'entretien des époux est à la charge de la communauté (art. 1409 c. c.) ; qu'ainsi les fournitures doivent être payées par le sieur de la Planche... »

contraints, par la force des choses, de construire de toutes pièces un système prétorien régissant les droits respectifs des époux séparés de fait et des tiers. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude de reprendre l'exposé complet de ce système. La seule question que soulève notre sujet est celle-ci : un pacte de séparation peut-il valablement être invoqué en justice, dans un conflit né entre les parties et des personnes étrangères à l'acte, pour déterminer la valeur de leurs prétentions ? En réalité, le problème que pose cette question est double : on doit se demander, d'une part, si les époux peuvent faire état de la convention contre des tiers, et d'autre part, si ces derniers peuvent se prévaloir du pacte à l'encontre de ses auteurs ?

C'est en vain que l'on opposerait à la double interrogation précédente la règle de l'article 1165 du Code civil, reproduisant l'antique maxime : « res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest » ; car la signification précise de ce texte, c'est d'une part que les conventions ne peuvent créer d'obligation à l'encontre d'autrui, ni d'autre part faire acquérir à autrui aucun droit de créance. Or ce n'est pas à ces conséquences que nous songeons ici, mais seulement à celles que l'on sous-entend quand on parle des effets du contrat de mariage vis-à-vis des tiers (1), c'est-à-dire à la nécessité qui s'impose à eux de respecter le statut des époux dans leurs relations juridiques avec ces derniers, de même qu'ils feraient en face d'une société, en ce qui concerne notamment l'étendue de leur gage, la capacité des parties et la validité des actes.

A vrai dire il ne s'agit plus alors de véritables tiers ou « penitus extranei », mais bien d'une certaine catégorie d'ayant-cause ; ce qui écarte définitivement du débat la disposition précitée. Le mot dont nous nous servons est, en effet, susceptible de revêtir plusieurs sens, même dans la langue technique, témoin la contrariété sur ce point des articles 1165 et 1321 du Code civil. C'est donc en réalité la situation des créanciers des époux à l'égard du pacte de séparation, que nous allons étudier d'après la jurisprudence ; leur conservant néanmoins, suivant l'usage

(1) V. Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VIII. *Les régimes matrimoniaux*, par Nast, 1re partie, nº 100. Cf. *note* Labbé sous Req. 17 déc. 1873. S. 74.1.409.

consacré en matière de convention matrimoniale, la qualification de tiers *lato sensu*.

S'il apparaît ainsi que certains contrats puissent en ce sens être opposables à tous, et faire apparemment échec au principe de la relativité de leurs effets, il ne semble pas pour autant qu'ils le soient de plein droit et du seul fait de leur conclusion régulière entre les parties. La loi s'attache, au contraire, à sauvegarder les intérêts éventuels des personnes étrangères contre toute surprise dommageable, en instituant à leur sujet des mesures de publicité ; mesures qui sont la condition de leur validité *erga omnes*. Le contrat de mariage, par exemple, doit être rédigé dans la forme authentique et rendu public ; certains prétendent même que la règle d'immutabilité est prescrite aussi dans ce but. Mais il n'est pas que les conventions qui soient dans ce cas soumises à ces exigences. De même les jugements qui sont susceptibles d'avoir des répercussions sur la situation des tiers, et de faire ainsi échec au principe de relativité inscrit dans l'article 1351 du Code civil, voient eux aussi leur opposabilité subordonnée à des conditions protectrices de ces derniers. La demande en séparation de biens, par exemple, et le jugement, doivent être publiés par voie d'affichage et d'insertion dans les journaux ; la procédure comporte en outre en faveur des créanciers un droit d'intervention.

Pourra-t-on alors opposer à nos deux interrogations, pour montrer qu'elles sont formulées sans raison, le caractère occulte des pactes s'ajoutant à leur nullité ? Tout d'abord il faudrait faire une distinction, car l'article 1321 du Code civil qui régit la matière des contre-lettres, et qu'il convient d'étendre à tous les actes non publiés, ne prononce pas à leur encontre une sanction absolue, mais déclare simplement qu' « elles n'ont point d'effet *contre* les tiers ». On est donc fondé à conclure de cette disposition que ceux-ci conservent néanmoins le droit de s'en prévaloir.

Mais bien plus, il n'est pas rare que des maris séparés à l'amiable fassent publier dans les journaux des avis annonçant qu'ils ne répondent plus des dettes de leur épouse, et remplissent ainsi spontanément le vœu de la loi. Qu'on n'objecte pas qu'en cette matière le droit soit formaliste, et que par suite de telles précautions doivent de toute façon rester sans valeur. Car le

contraire peut être démontré malgré l'article 311-4° du Code civil, qui exige en cas de réconciliation des époux, pour qu'elle soit opposable à tous, qu'un acte en soit passé devant notaire. Le droit, disons-nous, n'est point formaliste en matière de publicité ; au delà d'une réglementation souvent vaine, il tient compte des réalités. Ainsi la séparation de biens, quand elle est obtenue accessoirement à une séparation de corps, n'a pas à observer toutes les conditions auxquelles elle est soumise quand elle est demandée à titre principal ; elle entraîne cependant les mêmes conséquences. C'est que l'existence séparée des conjoints constitue par elle-même une publicité suffisante de leur nouveau statut. Or il n'y a aucune différence à ce point de vue entre les époux séparés de fait et ceux séparés par justice : les tiers n'ont qu'à considérer leur mode de vie pour se rendre compte de leur situation matrimoniale, et régler leur conduite en conséquence. Il n'y a donc en définitive aucun obstacle *a priori* qui s'oppose à ce que les juges tiennent compte des pactes de séparation dans les rapports des parties et des tiers.

I. — La jurisprudence admet-elle que les conjoints puissent invoquer leur convention *erga omnes* ? A tout le moins, car il serait étrange qu'elle l'envisage plus favorablement à l'égard des tiers que de ses propres auteurs, la prend-elle en considération dans la mesure où nous l'avons vue faire vis-à-vis d'eux-mêmes.

Les circonstances sont faciles à imaginer qui donnent lieu à des procédures de cette sorte. L'épouse ayant conquis sa liberté d'action, accomplit des actes juridiques faisant naître à sa charge des dettes : elle loue un appartement, elle engage des serviteurs, elle commande des approvisionnements, elle se fait soigner, etc. ; en un mot elle contracte personnellement toutes les dépenses nécessaires pour sa vie. Si ses ressources telles qu'elles ressortent de la convention sont suffisantes, elle paie elle-même ses créanciers et son mari n'a pas à les connaître. Mais dans le cas contraire, ceux-ci préoccupés de recevoir de toute façon leur dû, se retournent naturellement contre lui, faisant état de ce qu'aucune séparation régulière n'a mis fin entre eux à la vie commune. Le mari est, en effet, responsable

durant la cohabitation des dépenses d'entretien faites par sa femme agissant seule, en vertu de ce que les auteurs appellent d'ordinaire le « mandat tacite de la femme mariée ». En outre, il est tenu aux termes des articles 212 et 214 du Code civil, de subvenir à ses besoins et de la secourir : devoirs dont on a déduit au profit de celle-ci un droit propre, susceptible le cas échéant d'être exercé par voie oblique (1). Le mari ainsi inquiété pourra-t-il opposer à ses adversaires le pacte de séparation, soit qu'il l'invoque pour dénier le pseudo-mandat, soit qu'il prétende trouver en lui la preuve qu'il a rempli vis-à-vis de son épouse tous les devoirs mis à sa charge par la loi ?

Dans un procès plaidé en 1865 devant le tribunal civil de Besançon, on vit un mari fonder sa défense sur ce moyen. Les faits étaient les suivants. Les conjoints s'étaient séparés à l'amiable, l'époux s'obligeant à payer pour la subsistance de sa femme et de leur enfant remis à sa garde, une certaine somme annuellement. Après plusieurs années, la convention ayant été très exactement observée, l'épouse changea de résidence, et là contracta des dettes envers ses fournisseurs. L'un d'eux assigna le mari, qui justifia son refus à l'aide du pacte par lequel il acquittait toutes les obligations lui incombant à raison du mariage. Le jugement reconnut formellement que la convention excluait de sa part toute idée de mandat tacite, mais néanmoins la déclara inopposable au demandeur, non pas à cause de sa nullité, mais sous prétexte qu'elle n'avait « point été suffisamment connue des tiers ». Il déclarait à ce sujet, que les insertions par lesquelles, à sept reprises dans un journal départemental, le mari avait fait savoir qu'il ne répondait plus des dépenses de sa femme, celle-ci ayant dorénavant ses revenus fixés, n'avaient point été suffisantes pour prévenir utilement les commerçants d'une ville, où elle ne s'était établie que postérieurement. Il affirmait, en outre, que ces derniers avaient fait leurs fournitures de bonne foi, croyant avoir le mari pour obligé. Mais en appel la Cour réforma, estimant que le tribunal, qui pourtant ne s'était point préoccupé de savoir si le contrat était licite ou nul, n'avait point apprécié correctement les faits, en refusant d'en

(1) V. *note* NAST sous Trib. Seine, 11 juil. 1922. D. 24.2.105.

faire état. « Considérant, disait-elle..., qu'il incombe aux tiers de connaître la condition des personnes auxquelles ils font des fournitures à crédit ; qu'ils ne sauraient avoir d'autre action contre le mari que celle de la femme et par exercice des droits de cette dernière ; *que dans la cause l'appelant a pourvu suffisamment à ses besoins* (1) ».

Ainsi la Cour d'appel aboutissait, sans prendre position ouvertement contre la loi, à consacrer l'opposabilité du pacte à l'encontre des tiers. Nous reconnaissons là une manifestation de la seconde des deux tendances que nous avons tenté de dégager plus haut. La même thèse fut reproduite postérieurement par la Cour de Paris (2).

Bien que les rapports de droit ne soient pas identiques, il existe, du point de vue précédent, une analogie certaine entre la situation des héritiers de l'épouse et celle de ses créanciers. Aussi la jurisprudence a-t-elle pris position dans les mêmes termes à l'égard des uns et des autres. Les successeurs de la femme peuvent, en effet, songer, après son décès, à réclamer au mari le remboursement à la succession des dettes acquittées de son vivant par elle, et qui auraient dû, en vertu du mandat tacite, être payées par celui-ci. Or la Cour de Paris a déclaré, dans une espèce où les conditions étaient semblables à celles de l'affaire précitée : « *Considérant qu'en prenant pour base d'appréciation* un état de choses qu'elle avait contribué à établir... il échet de décider que X., ayant suffisamment satisfait à ses obligations pécuniaires, ne saurait être tenu vis-à-vis de la succession de sa femme, pas plus qu'il ne l'aurait été vis-à-vis de sa femme elle-même, d'une dette dont il doit être considéré comme s'étant par avance acquitté (3). »

Récemment devant le tribunal civil de la Seine s'est présentée une affaire voisine de celle de Besançon, mais non point pareille, où les juges firent preuve de même, vis-à-vis de la convention d'une considération égale à celle qu'ils auraient eue pour un acte valable et régulier. Car s'il est vrai qu'ils condamnèrent cette fois le mari au paiement de la créance produite, ce fut

(1) C. de Besançon, 25 juil. 1866. D. 67.2.48.
(2) V. *supra*, p. 402, note 1.
(3) C. de Paris, 9 déc. 1895. D. 96.2.133 (2e espèce).

pour des motifs n'impliquant de leur part aucun désaveu du pacte, soit à cause de sa nullité, soit, comme les premiers juges de Besançon, à raison de son caractère occulte. En effet, même valable et même opposable aux tiers, l'accord, étant donné le fondement de l'obligation invoquée, ne mettait pas obstacle au succès de la demande. Ce qu'il est intéressant de noter dès maintenant, c'est que, de même que dans la précédente affaire, le tribunal n'écarta pas *a priori* l'exception proposée, comme certaine jurisprudence inspirée de l'idée de « cause » aurait pu l'inciter à le faire, en se retranchant derrière les textes et les principes.

Voici quelles étaient les circonstances de l'espèce. Une séparation amiable était intervenue entre des conjoints, par laquelle l'époux s'était engagé à remettre à sa femme chaque mois 300 francs, et à payer en plus son loyer ; obligation qu'il exécuta fidèlement. Au cours de l'année 1920 ladite dame fut reconnue atteinte d'une tumeur nécessitant une opération chirurgicale urgente ; le mari en fut informé mais ne répondit pas. L'opération fut néanmoins pratiquée. Par la suite le médecin, devant l'insolvabilité de sa cliente, crut pouvoir assigner conjointement et solidairement les deux époux, c'est-à-dire pratiquement le mari, en paiement de ses honoraires. Celui-ci contesta qu'il put être recherché désormais pour les dettes de sa femme, et fit valoir divers arguments de fait et de droit pour établir l'absence à son encontre de toute charge dépassant les termes du pacte. En l'espèce il ne pouvait être question, étant donné l'objet de la demande, d'un mandat tacite, qui vise seulement les dépenses ménagères ; d'autre part, le médecin ne pouvait arguer du caractère secret de la séparation, à raison de la démarche qu'il avait faite. Le tribunal ne déclara pas l'exception irrecevable ou inopposable au demandeur, il en fit même implicitement état dans les motifs de son jugement en tant qu'élément d'appréciation des faits. Si cependant il accueillit le principe de l'action, c'est qu'il lui était impossible d'admettre, aussi bien en équité qu'en droit pur, que le mari put s'être libéré à si bon compte de ses obligations légales ; le mariage et la communauté de biens subsistant. Sans doute par la pension et le loyer, il remplissait les devoirs lui incombant d'entretenir et de nourrir sa femme,

mais il n'acquittait en aucune façon le devoir de secours qui persiste même après la séparation judiciaire. C'est pourquoi nous pensons que le tribunal n'aurait pas autrement rédigé son jugement s'il s'était agi d'époux légalement séparés, et si les prestations prévues par le contrat avaient été en ce cas prescrites par le juge (1).

L'enseignement qui découle de cette sentence, dont la seule lecture ne permettrait guère de se rendre compte si la séparation amiable est aujourd'hui licite ou prohibée, c'est donc que les prestations assignées en exécution de l'obligation d'entretien ne sauraient, pas plus dans l'hypothèse de pacte que dans celle de jugement, tenir lieu de celles pouvant un jour résulter du devoir de secours, non prévues au moment même de la séparation, et les prescrire en quelque sorte par prétérition ; c'est peut-être aussi que les stipulations convenues par les parties lors de l'accord, pas plus que les mesures ordonnées par les magistrats lors du jugement, ne sauraient assurer l'observation des devoirs subsistant du mariage d'une manière intangible, quelles que soient les circonstances nouvelles pouvant intervenir. Nous aurons garde d'oublier cela, dans la dernière partie de cette étude consacrée à la recherche d'un système possible de séparation consensuelle.

En somme, la jurisprudence semble bien admettre que l'accord des époux soit opposable aux tiers, c'est-à-dire d'ordinaire par le mari contre les créanciers de sa femme (2) ; se fondant pour justifier son attitude sur la connaissance présumée que ceux-ci ont dû avoir d'un fait aussi facile à découvrir qu'une séparation conjugale (3), en tout cas sur leur négligence à ne prendre aucune information touchant leur débitrice. Elle reconnaît donc vis-à-vis d'eux que le mari peut s'acquitter en-

(1) V. *supra*, p. 407 note 1.

(2) V. cependant Trib. Seine, 2 juillet 1887 (*Mon. Jud. Lyon*, 29 octobre 1887). Le mari, comme chef de la communauté, est débiteur personnel des fournisseurs de sa femme, si les fournitures ont été modérées eu égard aux ressources de la communauté, encore bien qu'au cours de la séparation de fait le mari ait payé exactement à sa femme la pension qu'il lui avait promise.

(3) Lorsque les époux bien que séparés, ont créé aux yeux des tiers une « situation confuse ayant les apparences de la vie commune », le mari reste tenu du paiement des fournitures faites à sa femme (Cour de Riom, 6 août 1895, D. 96.2.280.)

vers elle de toutes les obligations résultant du mariage au moyen d'un contrat, et qu'il ne peut plus être recherché au delà des sommes stipulées et versées, du moins dans la mesure où elles répondent vraiment de ses charges légales. Elle n'accueillera par conséquent l'action desdits créanciers contre lui, que lorsqu'il sera resté débiteur envers son épouse d'une obligation imposée par la loi, le pacte ne l'ayant pas prévu, et dans les limites mêmes de cette obligation invoquée par eux obliquement. C'est ce qui résulte encore d'un jugement du tribunal civil de Rennes du 12 juin 1911, rendu en appel d'une sentence de justice de paix, entre un propriétaire et le mari de sa locataire (1).

Une seconde exception, il est vrai, a été admise en outre par la cour suprême, mais fondée sur une idée toute différente. La demande des tiers sera encore recevable, suivant elle, contre le mari malgré la convention, quand ce dernier se sera refusé d'acquitter la pension promise, non pas arbitrairement auquel cas il serait vraiment mal fondé à s'en prévaloir, mais par le jeu d'une clause résolutoire, ou par l'exercice légitime de l'*exceptio inadempleti contractus* ; l'autre partie ayant elle-même méconnu ses propres obligations. Il semblerait pourtant que la fin de non-recevoir dût avoir alors la même force contre eux qu'à l'encontre de leur débitrice, puisque c'est un droit lui appartenant qu'ils exercent. Aussi bien la jurisprudence s'est-elle placée sur un autre terrain, trouvant dans les principes généraux le fondement d'un droit propre attribué personnellement aux créanciers contre le mari. Ce principe, c'est au fond l'ancienne maxime donnée par Pomponius au Digeste : « ...aequum est neminem

(1) « Attendu qu'il n'est pas contesté que Luneau a consenti à la séparation amiable ; qu'il n'a pu ignorer quel était le domicile choisi par la femme... Attendu que la séparation amiable survenue entre les époux n'a pas eu... pour conséquence de modifier les obligations du mari au regard de sa femme et de ses enfants, dont l'un au moins se trouvait avec la mère ; qu'au cours du mariage le mari est, à bon droit, condamné à payer les fournitures faites à la femme, quand celles-ci ne dépassent pas celles que le mari n'aurait pu refuser à sa femme en raison de sa situation et de son état ; qu'au premier rang des obligations incombant au mari, se trouvait celle d'assurer à la femme qui, de son consentement, quittait le domicile conjugal, un logement ; ... que Luneau, loin d'être un tiers étranger à tous rapports entre le bailleur et le locataire, se trouvait engagé vis-à-vis du propriétaire du logement loué par sa femme, et pouvait être directement poursuivi par lui en cas de non paiement des loyers. » (G. P. 11.2.457.)

cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem (1) », fondement de l'action « de in rem verso ».

Quand donc le mari, dispensé par la faute de sa femme de continuer ses versements, aura vu ses charges diminuer et se trouvera ainsi avoir réalisé un gain malgré tout sans cause, puisque le mariage et ses obligations existeront toujours ; et que, d'autre part, des tiers pourront justifier avoir supporté les frais nécessaires pendant ce temps pour la subsistance de l'épouse, c'est-à-dire avoir subi un appauvrissement également sans cause comme conséquence directe de l'interruption de la pension, alors ils pourront prétendre se faire indemniser par lui dans la limite de son enrichissement. C'est ce qu'a proclamé la Cour de cassation, en 1874, confirmant sur ce point un arrêt de la Cour de Dijon, à l'occasion d'une affaire où cependant les prétentions du créancier paraissaient des plus contestables. Le mari, en effet, lui avait fait défense de recevoir sa femme dans son hôtel, et de lui faire aucune fourniture ; ayant lui-même cessé tout paiement à celle-ci à raison de l'abandon par elle de la résidence que le pacte lui assignait. Le tiers avait passé outre à cette injonction. Le mari avait alors introduit une demande en séparation de corps, et obtenu du juge une ordonnance prescrivant à l'épouse de se retirer chez son père ; celle-ci avait refusé de s'y soumettre. Dans ces conditions le mari avait une nouvelle fois fait défense au maître d'hôtel de la conserver ; ce dernier n'en avait pas davantage tenu compte. Cependant au bout d'un certain temps, il s'avisa de réclamer son dû et assigna les deux époux conjointement. Le tribunal civil de Charolles rejeta sa demande à l'égard du mari, mais les juges du second degré l'accueillirent. Sur pourvoi la Chambre civile reconnut elle aussi la responsabilité du mari, nonobstant ses interventions qui écartaient du débat toute notion de mandat, en fondant son arrêt sur l'idée d'enrichissement sans cause. Elle déclara qu'il avait « tiré un profit personnel » de « l'exonération pour tout ou partie de l'obligation que la loi lui impose de subvenir aux besoins du ménage » ; mais invoquant l'une des règles particulières de cette action, elle limita sa dette à la

(1) D. L. 17 *de regulis juris*, CCVI.

quotité du « profit » retiré par lui des fournitures faites à sa femme (1).

La jurisprudence ferait-elle encore aujourd'hui application de cette théorie dans une espèce aussi peu favorable ? C'est ce dont il est permis de douter, car depuis, à propos il est vrai d'affaires toutes différentes, elle a dégagé cette restriction, reprise par la doctrine récente, qu'il fallait que le tiers ne dût pas son appauvrissement à sa propre faute ou à sa négligence (2).

En résumé, ainsi qu'il ressort des décisions ci-dessus analysées, le pacte de séparation constitue au bénéfice du mari une fin de non recevoir contre les prétentions des créanciers de sa femme, toutes les fois qu'il a, en exécution de ses clauses, acquitté effectivement vis-à-vis d'elle toutes les obligations mises à sa charge par la loi. Toutefois, dans l'hypothèse où par le jeu de la convention il se trouverait dispensé d'acquitter plus avant les arrérages de la pension, et par cette circonstance, arriverait à réaliser au détriment des tiers un profit sans cause, ces derniers seraient recevables à se faire indemniser par lui de leurs débours, jusqu'à concurrence de ce profit au moyen de l'action *de in rem verso.*

II. — Envisageons maintenant le deuxième aspect du problème : la jurisprudence admet-elle que les tiers se prévalent du pacte contre ses auteurs ?

Cette question à première vue semble devoir soulever moins de doute que la précédente, car la loi elle-même, nous l'avons vu, à l'occasion des contre-lettres, se montre plus favorable aux tiers qu'à l'égard des parties, ne leur retirant pas le droit de s'en servir contre ces dernières. Cependant une difficulté spéciale surgit ici qui nous empêche de lui apporter une réponse certaine, c'est l'absence de décisions judiciaires. En effet, nous n'avons rencontré dans les recueils qu'une seule espèce montrant un créancier faisant état du pacte, au lieu de le repousser, et encore agissait-il par rapport à lui en qualité d'ayant-cause à titre particulier.

(1) Trib. de Charolles, 6 mars 1872 ; C. de Dijon, 11 juil. 1872. S. 73. 2.104. Civ. 12 janv. 1874. S. 74.1.305. Sur renvoi C. de Besançon, 15 juil. 1874 (idée de gestion d'affaires). S. 75.2.9.

(2) Colin Capitant, *Cours de Droit civil*, t. 2 (4e éd.), p. 148.

Les époux N., avaient réglé les conditions de leur séparation amiable par une convention qui assurait à l'épouse une pension annuelle. Six ans plus tard celle-ci, par acte sous seings-privés, fit cession à un tiers de deux annuités échues de cette pension, en remboursement d'un prêt qu'il lui avait consenti. Le mari s'étant refusé à lui verser la somme due, il l'assigna en paiement devant le tribunal civil d'Alais. Par jugement du 18 novembre 1859 sa demande fut déclarée recevable et fondée par les motifs suivants :

« Attendu... que le mari, maître des revenus de la dot, doit « supporter toutes les charges du mariage... Attendu que le « mari pourrait sans doute refuser de fournir aux besoins de sa « femme hors du domicile conjugal, si celle-ci l'avait déserté « sans autorisation... Attendu... que dans l'espèce, non seule- « ment le mari avait autorisé sa femme à résider hors du domicile « conjugal, mais qu'en outre, il avait pris l'engagement de lui « fournir une somme de 4.000 francs par an, et que cette conven- « tion a été fidèlement exécutée pendant plusieurs années. « Attendu qu'une pareille convention peut toujours être révo- « quée par le mari ; que les obligations qu'elle impose *seraient* « nulles, si l'on considérait cet acte comme contre synallagma- « tique ; mais *que si*, en donnant à la femme l'autorisation de « quitter le domicile conjugal et en s'obligeant à lui payer la « somme nécessaire à son entretien, *le mari n'ajoute rien aux* « *obligations qui dérivent de son contrat de mariage*, il est certain « néanmoins que *l'on peut voir dans l'acte dont s'agit un mandat* « *régulier*... Attendu... que... [la] cession est parfaitement régu- « lière, puisqu'au moment où elle est intervenue, N. n'avait « pas encore sommé sa femme de réintégrer le domicile conjugal, « ni révoqué le pouvoir à elle donné de disposer d'une somme « annuelle de 4.000 francs... »

Ainsi le tribunal voyant dans la règle d'immutabilité le fondement véritable de la prohibition des pactes, et constatant que dans l'espèce le mari n'avait rien ajouté aux obligations dérivant de son contrat de mariage, ne voyait aucune bonne raison de prononcer la nullité de la cession. Mais la Cour de Nimes, par un retour imprévu à l'interprétation la plus sévère des principes, devait condamner cette position, proclamant qu'un accord

« affecté d'une nullité absolue, radicale et d'ordre public... ne saurait constituer un titre valable » ; et affirmant, en outre, « que la femme mariée n'a pas droit à une pension, tant que l'instance en séparation de corps n'a pas été accueillie (1) ».

* * *

Que convient-il de penser de toute cette jurisprudence, à la fois si unanime dans le respect des textes et si diverse, et même contradictoire, dans les résultats qu'elle leur fait produire ; suivant qu'elle les interprète extensivement ou bien dans un esprit plus restrictif, et selon qu'elle se montre davantage soucieuse des constructions abstraites ou des réalités ? Par la diversité même de ses conséquences, on peut dire qu'elle est critiquable, quel que soit par ailleurs le point de vue qu'on adopte sur l'application de la loi ; car il n'est pas bon que le justiciable soit dans l'incertitude forcée sur l'état du droit positif, et doive compter avec les conceptions propres des juges.

Mais pour quiconque n'est pas *a priori* convaincu du bien fondé de la norme légale, et cherche vainement des motifs capables de la justifier, pour qui, d'autre part, se rend compte des effets bienfaisants que pourrait entraîner l'admission des pactes comme système régulier de séparation conjugale, il est évident que la tendance la plus libérale est infiniment préférable à l'interprétation rigoriste, et il est souhaitable qu'elle finisse par s'imposer. Toutefois, même si cette « application » bienveillante du code, aboutissant en une certaine mesure à éluder les conséquences voulues par le législateur, triomphait, le principe de la prohibition n'en demeurerait pas moins la règle, et la réforme serait encore bien imparfaite. Elle conduirait sans doute à valider quelques effets des pactes, mais d'une manière toute provisoire, tant que l'une des parties ne prétendrait pas rompre ses engagements par une demande en séparation judiciaire ou divorce, ou par la reprise plus ou moins sincère de la vie commune ; et surtout d'une manière incomplète dans les limites autorisées par le dogme d'immutabilité. Ce n'est donc pas la

(1) C. de Nîmes, 9 mai 1860. D. 60.2.219 ; S. 60.2.577.

simple généralisation des résultats déjà acquis qui suffirait à améliorer vraiment notre droit ; il faudrait, en réalité, que les juges se décident en ce domaine à une innovation hardie, comme celles qui ont rendu lettres mortes la prohibition des stipulations pour autrui et l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat, ou encore les principes qui condamnent les astreintes, soit qu'on les regarde comme une peine ou comme des dommages-intérêts.

§ 6. — La situation des étrangers, dont la loi nationale consacre la validité de la séparation consensuelle, dans les pays soumis au Code Napoléon.

Ainsi les juges, restés fidèles en cette matière à la pensée du législateur de 1804 et à la lettre du Code civil, refusent à leurs ressortissants nationaux le droit de suspendre leur union conjugale par consentement mutuel.

Mais il peut arriver que des époux étrangers domiciliés en France, ou dans un autre pays soumis au Code Napoléon, prétendent recourir à ce mode de séparation autorisé par leur loi personnelle, et s'adressent à ses tribunaux pour faire constater leur accord, ou pour en obtenir l'exécution forcée (1). Que décidera alors la jurisprudence ? Imposera-t-elle à ces étrangers le respect de la loi française, ou leur accordera-t-elle le bénéfice de leur loi d'origine malgré sa contradiction avec elle ?

Il est aujourd'hui admis sans difficulté que le divorce et la séparation de corps sont de la compétence de la loi nationale, comme faisant suite à l'état et à la capacité des personnes. En principe donc, l'étranger pourra invoquer en France les disposi-

(1) En principe les tribunaux français ne connaissent pas des procès en divorce ou séparation de corps entre étrangers, et parfois même se déclarent d'office incompétents. Ils se bornent en ce cas à édicter des mesures provisoires, impartissant aux parties un délai pour former leur action devant un tribunal de leur pays. Toutefois, ce principe comporte des exceptions dont l'une, notamment, joue lorsque les époux, n'ayant dans leur patrie aucun domicile, se voient dans l'impossibilité d'y trouver une juridiction compétente.

Req. 25 juin 1918, S. 18-19, 1.206 ; Civ. 30 avr. 1927, S. 27.1.208.

Cf. Pillet, *Traité pratique de Droit international privé*, t. I (1923), nos 288-292.

tions en vigueur dans son propre pays et les faire appliquer à son cas.

Cependant il existe une exception absolument générale à cette mise en œuvre des lois étrangères par les juridictions françaises, et qui réside dans la notion « d'ordre public ». Par suite, dès lors que la disposition invoquée sera contraire à cet ordre public, elle se trouvera paralysée et de la sorte écartée du débat. Reste à déterminer en quoi consiste cette notion, et quelles sont les institutions qu'elle condamne. Nous touchons là à l'un des problèmes les plus controversés du droit, sur lequel il n'y a pour ainsi dire aucune opinion qui soit communément reçue (1). L'ordre public dont on parle en droit international privé n'est pas le même que celui dont on se préoccupe en droit interne, notamment pour faire jouer l'article 6 du Code civil. Ce serait, en effet, la négation même de cette discipline que l'imposition forcée aux étrangers de toutes les règles qui sont impératives à l'égard des Français. Toutes celles dont le respect est exigé de ces derniers ne peuvent pas être considérées comme opposables à tous. Seules certaines, fondamentales au point de vue de l'ordre social ou de la morale, doivent être regardées vis-à-vis d'eux comme obligatoires. En est-il ainsi de celle contenue dans l'article 307 du Code civil ?

Si nous nous en référions sur ce point au seul enseignement de la doctrine, la réponse serait aisée à formuler, car selon la majorité des auteurs les règles relatives au divorce et à la séparation de corps sont en bloc d'ordre public (2). Aucune loi

(1) « Ce qu'il y a d'évident en cette matière, le voici. Personne ne doute que l'obligation dans laquelle se trouve un Etat, d'admettre sur son territoire l'application des lois étrangères, n'ait une limite, et que cette limite ne se trouve au point où la loi étrangère aurait pour conséquence de compromettre l'action de quelque principe, jugé par l'Etat indispensable à la sauvegarde de la Société particulière qu'il représente... Il y a donc unanimité sur le point de départ, mais l'unanimité s'arrête là, et lorsqu'il sagit de qualifier ces lois ou de dire ce qu'elles sont, on ne rencontre plus dans la doctrine que variétés et confusions. » (Pillet, *Principes de Droit international privé*, Paris, 1903, ch. XIII. *Les lois d'ordre public*, nos 182-183.)

(2) Cf. par exemple Bartin sur Aubry et Rau, t. VII (5e éd., 1913), § 490, note 4 : « Dans le cas où les faits allégués par le demandeur en divorce ne constituent pas des causes de divorce d'après la loi française, tout en constituant des causes de divorce d'après le statut personnel commun des époux, les dispositions de la loi française ne sont autre

étrangère ne saurait par conséquent être appliquée en cette matière, à moins qu'elle ne soit conforme à la loi française.

Par contre la jurisprudence, bien que souvent portée à étendre exagérement le domaine de cette notion, apparaît ici moins systématique. « La formule qu'elle adopte est que les causes du divorce devront être empruntées à la loi nationale des parties au procès, à moins que cette loi ne se trouve en opposition avec une loi d'ordre public du pays où siège le tribunal ; » et Pillet à qui nous empruntons cette formule ajoute : « Cette solution nous paraît la meilleure (1). » Les juges devront donc, en réalité, à propos de chaque disposition envisagée, décider de son acceptation ou au contraire de sa répudiation.

Pour ce qui est de la séparation consensuelle des étrangers dans les pays soumis au Code Napoléon, le problème ne se présente pas toujours devant les tribunaux dans les mêmes conditions. On sait, en effet, que par cette expression sont désignés deux modes très différents de réalisation du double consentement nécessaire : l'un purement contractuel et privé, suivant le type du droit anglais, et l'autre judiciaire en la forme, suivant le type de la loi italienne. Selon qu'il s'agira d'époux soumis par leur loi d'origine à un système juridique ou à l'autre, les juges ne seront donc pas saisis de la même manière, ni de la même demande. Seuls en réalité les justiciables régis par une législation du second type présenteront une requête aux fins de séparation ; lorsque les autres au contraire s'adresseront à la justice, ce ne sera que pour en obtenir l'exécution forcée de leur convention.

Envisageons successivement les deux questions.

I. — Tout d'abord, il n'apparaît pas que la jurisprudence ait eu l'occasion d'élaborer vraiment un principe d'interprétation, sur la recevabilité des demandes en séparation par consentement mutuel, car à en juger par les recueils d'arrêts, elle n'a pas été

chose, par rapport à ces faits, que des dispositions prohibitives du divorce, par conséquent des *dispositions de police*, qui ne permettent pas au demandeur en divorce de le demander en France par application des règles du statut personnel commun des époux. »

(1) *Traité pratique*, I, nº 294.

souvent saisie de requêtes de cette sorte. Néanmoins la dualité de tendances que nous avons analysée en droit interne, et par laquelle se manifeste son incertitude en toute cette matière, se retrouve ici. Parfois elle s'est montrée sévère et parfois libérale.

On reconnaît une illustration de la seconde tendance dans un jugement du tribunal civil de Liège du 25 juillet 1885, dont la doctrine est fort nette, puisqu'on y rencontre cette affirmation que la règle de l'article 307 n'est pas fondée sur des motifs touchant à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Voici au surplus les passages essentiels de cette décision fort intéressante :

« Attendu que par exploit... en date du 19 juillet courant, « dame Jehanne de Cl., a donné assignation à son mari Manuel- « Marie de P., ministre plénipotentiaire de la République de « Costa Rica à Bruxelles, ayant sa résidence à Liège, pour voir « prononcer la séparation de corps d'elle avec son mari ;

« Attendu que cette demande est fondée sur ce que l'article 91 « du Code civil de la République de Costa Rica, promulgué « le 20 septembre 1886, déclare que la séparation de corps peut « être prononcée du consentement mutuel des époux, moyen- « nant l'accomplissement de certains devoirs ou conditions dé- « terminés dans l'article 92 du même code...

« Attendu que le défendeur dans des conclusions prises à la « barre déclare adhérer à la demande...

« Attendu qu'il est de principe que les lois qui règlent l'état « et la capacité des personnes étrangères leur sont applicables « en Belgique, sous la seule condition qu'elles ne soient pas con- « traires à l'ordre public et aux bonnes mœurs...

« Attendu que nos lois civiles admettent le divorce et la sé- « paration de corps qui, sans dissoudre le mariage, en relâche « les liens et permet aux époux séparés de se réunir s'ils le « jugent convenable ;

« *Attendu que, en recherchant les motifs qui chez nous ont fait « rejeter ce mode de séparation, on n'en trouve aucun qui touche « à l'ordre public ou aux bonnes mœurs*, d'où il est permis de « conclure que l'étranger, auquel sa loi accorde le droit de se « servir de ce mode de dissolution de la vie commune, doit être « autorisé à s'en prévaloir en Belgique ;

« *Attendu au surplus qu'il serait étrange de déclarer contraire*

« *à l'ordre public un des moyens de parvenir à la séparation de* « *corps, alors que la séparation de corps est une institution légale.*

« Par ces motifs... donnant aux parties les actes par elles « postulés, dit que la dame Jehanne de Cl., sera séparée de corps « et de biens d'avec son époux à partir du présent jugement (1). »

Par contre, on peut citer comme proclamant une interprétation absolument contraire, et se rattachant par là à la tendance opposée, un jugement du tribunal civil de Marseille du 21 février 1902, où se lisent les brèves considérations suivantes :

« Attendu qu'en l'état le sieur B., se prévalant de sa nationa- « lité italienne, invite tout d'abord le tribunal par le premier « chef de ses conclusions, à prononcer une séparation par con- « sentement mutuel, ce qui dispenserait d'entrer dans l'examen « des griefs réciproquement allégués ; [mais] attendu que la loi « française n'autorisant pas la séparation par consentement « mutuel, et la nullité de tout pacte de ce genre étant d'ordre « public, c'est en vain que les époux s'accorderaient à invoquer « leur statut personnel pour faire consacrer ce consente- « ment... (2) »

Comment faut-il comprendre cette attitude contradictoire des deux tribunaux ? Il semble bien que les juges de Marseille aient adopté le principe exclusif enseigné en cette matière par la majorité des auteurs, ou n'aient pas aperçu, entraînés à cette confusion par le vice même de la terminologie, la distinction des deux domaines d'application de la notion d'ordre public. De leur côté, les juges de Liège paraissent avoir été déterminés surtout par l'intime conviction du caractère arbitraire de la loi, critiquable même à l'égard des nationaux. C'est ce qui ressort non seulement des attendus très clairs du jugement, mais encore des conclusions présentées à son sujet par le représentant du ministère public. Le substitut du Procureur du Roi n'avait pas craint, en effet, s'abritant derrière l'autorité du grand jurisconsulte Laurent (3), de faire cette déclaration ferme : « *Il est*

(1) Pas. 89.III.350.
(2) D. 02.2.198 ; Cl. 04.188.
(3) F. Laurent, *Droit civil international*, t. V (Bruxelles-Paris, 1880), n° 137, p. 291 : « Le Code Napoléon n'admet pas la séparation de corps par le consentement mutuel des époux, pas même sous les conditions rigoureuses prescrites pour le divorce par consentement mutuel. Au

« *certain que la séparation de corps par consentement mutuel n'a* « *pas été exclue du Code civil pour des raisons qui s'imposent,* « *mais par des considérations arbitraires et fort discutables.* Loin « d'être repoussée par toutes les nations policées, certaines « d'entre elles, et des plus avancées, l'admettent. Ce n'est donc « qu'une *prohibition de pure convention, sans fondement ration-* « *nel même,* du moment où la loi érige la séparation de corps en « institution parallèle du divorce et qu'elle permet que celui-ci « ait lieu par consentement mutuel (1). Comment par conséquent « l'assimilerait-on à une de ces lois de police et de sûreté, de « conservation ou de préservation sociale, qui dominent le « statut personnel de l'étranger (2). »

En réalité, ni l'une ni l'autre de ces positions n'est exacte : les juges sont incontestablement dans l'erreur lorsqu'ils prétendent faire respecter par les étrangers des dispositions, par la seule considération qu'elles sont impératives en droit interne ; d'autre part, ce n'est pas motiver régulièrement une décision de droit international privé, que de la fonder sur l'arbitraire de la législation territoriale alors que celle-ci demeure appliquée aux nationaux par la jurisprudence (3).

contraire le code des Pays-Bas rejette le divorce par consentement mutuel, et il admet la séparation de corps par la seule volonté des époux qui ne veulent plus de la vie commune... Des époux hollandais... pourraient-ils demander à nos tribunaux une séparation par consentement mutuel ? Ici il y a doute... je ne vois pas de motif d'intérêt social qui s'oppose à ce que des époux étrangers soient séparés de corps par nos tribunaux, sur leur seul consentement mutuel, alors que rien ne les empêche de se séparer de fait pendant toute leur vie : il n'y a réellement pas d'intérêt social en cause. »

(1) On ne doit pas oublier que le système du Code Napoléon est resté en vigueur dans son ensemble en Belgique ; mais ce serait une grave erreur de croire que le divorce par consentement mutuel y a joui d'un développement considérable. Les statistiques démontrent, au contraire, que son usage y est exceptionnel ; ce qui se conçoit, étant donné les complications de sa procédure et les sacrifices pécuniaires qu'il exige.

(2) Pas. *loc. cit.* en note.

(3) Despagnet, *L'Ordre public en Droit international privé* (*Journal du Droit international privé*, Clunet, 1889, pp. 5 s. et 207 s.), p. 19 : « Il appartient au juge de rechercher si, dans la pensée du législateur, une disposition légale est d'ordre public ; mais lorsque sa conviction s'est formée sur ce point, il doit, quelque critiquable que lui semble cette solution, se prononcer pour l'application de la loi territoriale à l'exclusion de la loi étrangère, toutes les fois que l'autorité souveraine du pays a décidé qu'il devait en être ainsi. Peu importe que le législateur se trompe, qu'il se laisse influencer par des préjugés, qu'il ne soit pas en harmonie

La seule solution régulière nous paraît être celle préconisée par Pillet. Sans doute ne partageons-nous pas son opinion concernant la valeur de la séparation amiable en droit interne, ni la confusion qu'il témoigne entre cette institution et le divorce par consentement mutuel, mais son raisonnement n'en est précisément que moins sujet à caution sur le plan international. Appréciant le jugement de Marseille précité, il écrit en effet : « Cette décision peut déjà être taxée d'excessive, et il semble que le juge a exagéré là les légitimes exigences de l'ordre public. Les raisons qui prohibent chez nous le divorce ou la séparation par consentement mutuel peuvent être d'excellentes raisons, et elles le sont en effet ; mais encore ces raisons ne concernent que la seule famille française, et on ne voit pas en quoi un divorce prononcé par consentement mutuel entre des époux étrangers peut troubler notre ordre public français (1). »

En somme, ce n'est pas parce que la règle de l'article 307 est arbitraire qu'il convient de ne pas l'imposer aux étrangers, mais simplement parce que l'ordre public, sur le plan international, ne le requiert pas ; prétendre malgré tout la leur faire respecter, c'est en réalité manifester contre l'institution qu'elle interdit seulement à ses ressortissants, une hostilité difficilement justifiable.

II. — Que décident maintenant les tribunaux lorsqu'au lieu de leur demander d'homologuer leurs consentements, les époux n'ont recours à eux que pour obtenir l'exécution de leur accord, pleinement valable comme tel, suivant le droit de leur pays ? Il semble bien qu'ils aient jusqu'à une date récente évité de prendre une position de principe sur cette question assez peu

avec le courant général des idées adoptées par les peuples civilisés : le magistrat n'a pour mission que d'appliquer le texte ou l'esprit de la loi, et non de les réformer...

P. 20 : Sans doute il y a beaucoup d'arbitraire dans la manière dont chaque législateur détermine les règles de morale et de bonne organisation sociale ; mais cet arbitraire a du moins l'avantage d'être plus précis, plus invariable, et même plus autorisé que celui des magistrats qui résoudraient la question à leur guise, suivant leurs lumières, leur éducation, leur tournure d'esprit libérale et progressiste ou rétrograde. Arbitraire pour arbitraire, le premier nous paraît seul acceptable, soit au point de vue juridique, soit au point de vue pratique. »

(1) *Traité pratique*, I, n° 294.

fréquente. Ainsi la Cour de Douai, saisie en 1846 d'une affaire de ce genre, ne se prononça pas même implicitement sur la valeur du pacte, limitant son intervention à la résolution d'une difficulté annexe. Le tribunal civil de Boulogne, il est vrai, avait été un peu moins réservé et parut admettre la régularité du contrat entre les parties. Lord et Lady Wellesley s'étaient séparés à l'amiable en 1834 à Calais, par un acte attribuant à celle-ci 1.000 £ de pension, et ledit lord avait fait insérer dans le journal local l'avis qu'il ne répondrait plus des engagements de son épouse. Par la suite, cette dernière, étant allée habiter Paris, y contracta des dettes, et trois créanciers crurent pouvoir poursuivre le mari. Le tribunal, malgré la convention, le condamna au paiement des sommes demandées « considérant... que la séparation par consentement mutuel permise par la loi anglaise, ne fournit d'exception au mari contre les créanciers de sa femme, que quand ils ont connu la séparation ou au moins quand ils ont été à même de la connaître (1). » Peu après la Cour de Paris, elle aussi, parut adopter la même attitude, annulant le bail passé par une épouse anglaise après une séparation de cette sorte, non à raison de la nullité du pacte, mais parce que le bail dont s'agissait dépassait les limites de l'autorisation à elle donnée par son mari, le sieur Groves (2).

Par arrêt du 30 octobre 1926, la même Cour de Paris vient enfin de résoudre directement ce problème, contrainte par les circonstances, mais sans d'ailleurs s'expliquer autrement sur les motifs de sa décision.

Les faits de la cause étaient les suivants : un sieur Spartali, sujet arménien, et une demoiselle Iphigénie de Caravel, sujette italienne, avaient en 1907 contracté mariage dans la forme prescrite par la loi locale pour les catholiques, en l'église de l'Assomption de Tchanak (Dardanelles). Par acte sous seings privés daté de Smyrne le 15 mai 1911, ils avaient ensuite convenu de vivre séparément ; le mari s'engageant à servir à sa femme une pension mensuelle de 15 £ turques pour son entretien et celui de celle des enfants qui devait rester sous sa garde. Jusqu'en

(1) C. de Douai, 13 mai 1846. S. 47.2.24.
(2) C. de Paris, 23 fév. 1849. D. 49.2.135.

juillet 1920 cette obligation fut exécutée, mais à cette date les versements cessèrent. En septembre 1924 le débiteur se vit assigné devant le tribunal civil de la Seine en paiement des arrérages échus, et, en outre, en augmentation pour l'avenir du chiffre de la rente à la somme de 2.000 francs par mois. Par jugement du 2 juillet 1925 la demanderesse triompha sur le premier chef, le défendeur étant condamné à acquitter les 525 £ dues, avec intérêt légal à dater d'une sommation signifiée en 1923. Sur le second son action fut également déclarée recevable, le montant de la pension étant élevé à 1.200 francs. C'est dans ces conditions que la Cour d'appel fut saisie, et rendit un arrêt du plus haut intérêt, malgré sa concision extrême sur les motifs de droit, soucieuse, semble-t-il, du contrôle de la Cour suprême. Elle confirma, en effet, sur le premier point par ces simples mots : « Considérant que la loi nationale des époux Spartali reconnaît la validité du contrat par lequel deux époux, simplement séparés de fait, arrêtent le chiffre de la pension alimentaire à payer l'un à l'autre... » De même sur le second, elle se borna à invoquer la législation ottomane qui permettait la révision desdits « contrats de séparation de fait », décidant que « par application du statut personnel des époux Spartali » il convenait de rechercher si la rente de 15 £ ne correspondait plus aux ressources du débiteur et aux besoins du créancier, s'arrêtant finalement au chiffre de 1.500 francs par mois (1).

Il résulte donc bien de cette décision que l'ordre public ne saurait faire obstacle en France à l'exécution des pactes conclus valablement par des étrangers.

* * *

Resterait encore à examiner la question des Français se séparant par consentement mutuel à l'étranger, suivant la loi locale (2), et prétendant ensuite faire reconnaître en France leur nouveau statut. Mais ce second problème ne nous retiendra pas,

(1) G. P. 27.1.284.

(2) Toutes les législations, en effet, ne connaissent pas sur ce point le principe de la loi française et certaines, telle la loi anglaise, appliquent ici à tous le droit territorial. L'origine de cette conception doit être cherchée, du moins pour l'Angleterre, dans la pratique des Cours ecclésias-

car nous n'avons pas rencontré de sentence ayant eu à le résoudre. Il semble très vraisemblable d'ailleurs, que la jurisprudence se refuserait à sanctionner une telle dérogation à la règle de l'article 3-3° du Code civil : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers (1). »

* * *

On pourrait, en outre, songer à exposer un point d'une grande importance pratique, et qui a donné lieu récemment à des arrêts notables : nous voulons parler de la conversion en divorce en France, à l'expiration du délai légal, d'une séparation obtenue par consentement mutuel à l'étranger, quand les époux, ou l'un d'eux, ont acquis depuis la nationalité française. Mais cette nouvelle question se rapportant plus particulièrement au divorce, reste en dehors de notre étude. Qu'il nous suffise donc de dire qu'une telle prétention a été condamnée à plusieurs reprises par les tribunaux (2).

tiques qui ne faisaient en cette matière aucune distinction entre les chrétiens, selon leur pays d'origine. (v. Cl. 1920, p. 254.)

(1) v. en ce sens Bartin sur Aubry et Rau, t. VII (5e éd.), § 489, note 8.

Cf. Trib. Seine, 2 mai 1918. Cl. 1918, 1182 ; refus d'exéquatur d'une sentence de divorce par consentement mutuel, prononcée par le tribunal de San Salvador entre deux Français.

(2) Trib. Seine, 31 janvier 1924, D. 24.2.38, et *Rev. du Dr. int. privé*, 1924, p. 219 :

« Attendu que la dame Wehrung, de nationalité française, a contracté mariage avec le sieur Inglis, sujet anglais, le 8 avril 1902, à Shangaï, devant le consul britannique... Attendu que le 17 décembre 1913 est intervenue à Londres entre les époux Inglis un acte contractuel, aux termes duquel la femme était autorisée à vivre seule et à prendre sa fille avec elle, tandis que le mari conservait son fils ; que le 19 du même mois, la Cour de Chancery a homologué cet acte en ce qui concerne la garde des enfants. Attendu que la dame Inglis a obtenu par décret du 21 octobre 1921 sa réintégration dans la nationalité française. Attendu qu'elle a demandé la conversion de la séparation de corps en divorce ; que la première chambre du tribunal civil de la Seine a, le 7 mars 1922, rejeté sa requête, motif pris de ce qu'il n'y avait pas eu jugement, mais une simple convention, et de ce que les causes de cette convention (consentement mutuel) étaient contraires aux lois françaises... »

V. de même l'affaire *de Ferrari*, Cas., 6 juillet 1922, G. P. 22.2.530, et sur renvoi, Grenoble, 23 mai 1923, G. P. 24.2.70.

APPENDICE. — *De la responsabilité civile des notaires à raison de la rédaction des « pactes d'honneur ».*

Très fréquemment, nous l'avons vu dans le chapitre précédent, les pactes de séparation sont convenus en présence d'un notaire, ou même de deux notaires, celui de la famille du mari et celui de la famille de la femme. Le rôle joué dans ces circonstances par cet officier ministériel est complexe ; avant d'être un rédacteur d'acte, il est surtout un conciliateur s'efforçant d'aider les parties à réaliser leur projet d'éviter un procès pénible. Cette intervention, en une certaine manière comme arbitre, étant absolument officieuse, et ne faisant appel dans ses fonctions qu'à l'autorité morale qui s'y attache, on concevrait difficilement qu'elle puisse le cas échéant, servir de base contre lui à une action en responsabilité. Par contre, en tant qu'il procède à la confection du contrat, on peut comprendre à la rigueur, quand par exemple celui-ci vient à être judiciairement déclaré nul, que les époux songent parfois à lui en faire grief. Les notaires répondent en effet vis-à-vis de leurs clients, dans certaines conditions, de la nullité des actes qu'ils passent. Aussi bien, dans l'hypothèse qui nous occupe, se gardent-ils de délivrer aux conjoints un titre authentique, pour ce qui est du moins du pacte proprement dit, et prennent-ils soin de se mettre à couvert par la simple transcription de l'acte en la forme sous seings privés.

Est-il parfaitement sûr, cette précaution étant observée, que le praticien soit à l'abri de toute poursuite en indemnité ? Cela semble probable, à moins qu'on ne puisse prouver de sa part des agissements répréhensibles, ayant eu pour effet de tromper les parties sur la valeur légale de la convention conclue. Le problème à notre connaissance, ne s'est d'ailleurs jamais posé devant les tribunaux.

Cependant il n'est pas absolument impossible de rencontrer encore de nos jours, comme dans notre ancien droit, des « pactes d'honneur » passés en la forme authentique. Alors se pose normalement la question de responsabilité pour nullité Sans doute le plus souvent les époux, ou leurs héritiers, seraient-ils mal

fondés à prétendre qu'un vice de forme qui leur était connu leur a causé un préjudice injustifié, et les litiges de cette sorte sont-ils également très rares. On en peut citer néanmoins un exemple qui s'est présenté devant le tribunal civil de Toulouse en 1886.

Le pacte conclu par devant Me M..., par les époux C., avait été exécuté fidèlement par ceux-ci durant leur vie. Mais à la mort du mari son héritière intenta au notaire une action en dommages-intérêts, à raison du préjudice qui résultait pour elle de la nullité de cet acte. Les juges admirent sans hésiter la culpabilité civile du défendeur :

« Attendu que le notaire M., a incontestablement commis « une faute en donnant son concours à la convention contraire « à la loi, par laquelle les époux C..., ont réglé les conditions « de leur séparation de corps purement volontaire, et en dres- « sant de cette convention à la date du 10 février 1865, un acte « public qu'il a classé au rang de ses minutes ;

« Attendu en effet que si, aux termes de l'article 3 de la loi « du 25 ventôse an XI, les notaires sont obligés de prêter leur « ministère lorsqu'ils en sont requis, ce serait méconnaître à la « fois l'esprit de cette disposition et la dignité des fonctions « notariales, que de les déclarer soumis à cette obligation, même « pour des actes que la loi réprouve...

« Attendu, d'ailleurs, que la jurisprudence n'a jamais cessé « de considérer les notaires comme responsables de leurs er- « reurs sur le fond du droit, même lorsqu'ils ont agi comme « simples rédacteurs des conventions des parties, si ces erreurs « procèdent d'une faute lourde... ; Qu'il y a lieu de reconnaître « à plus forte raison, que les notaires sont en faute lorsqu'il ne « s'agit pas seulement, comme dans la cause, d'une simple « erreur commise dans l'une des clauses d'un contrat, mais d'un « acte qui en son entier constitue une violation flagrante du « droit. »

Mais pour qu'une action en responsabilité soit recevable contre l'auteur prétendu d'un dommage, il ne suffit pas qu'une faute soit établie à sa charge ; il faut encore que l'existence du préjudice soit prouvée, et en outre que la faute alléguée soit démontrée être la cause de ce préjudice.

En l'espèce l'héritière du mari se plaignait de ce que, au mé-

pris de la séparation effectuée, la veuve avait réclamé au décès de son conjoint, conformément à son contrat de mariage, la part lui revenant de la communauté d'acquêts. En effet, prétendait la demanderesse, si le *de cujus* avait su que le pacte était sans valeur et ne mettait pas fin au régime matrimonial, il aurait poursuivi en justice sa séparation de corps, et sa femme n'aurait eu aucun droit à faire valoir sur les acquêts réalisés postérieurement ; ou encore s'il avait su, préférant malgré tout la séparation consensuelle, que celle-ci restait légalement fondée à exiger sa part desdits acquêts, il aurait très certainement dissimulé les valeurs de la communauté afin de les soustraire à tout partage. Dans l'un comme dans l'autre cas ses héritiers auraient recueilli un patrimoine plus considérable. Le préjudice suivant elle était donc certain, et sa cause était bien la faute du notaire, qui, induisant en erreur le défunt, l'avait empêché de prendre les mesures utiles pour sauvegarder ses droits.

Si le tribunal reconnut la faute du défendeur, il refusa néanmoins de suivre jusqu'au bout les conclusions de la demanderesse. S'expliquant en premier lieu sur le rapport causal, il mit en doute que la conduite du *de cujus* eût été la conséquence de l'intervention du notaire :

« Attendu... qu'il est difficile d'admettre que Gustave C., « homme expérimenté en affaires, ait pu se tromper sur la va- « leur juridique d'une convention, aussi notoirement irrégu- « lière que celle relative à une séparation de corps volontaire, « alors surtout que, dans l'article 11 du contrat, il est dit expres- « sément que les parties s'engagent à l'exécution de l'acte en « honneur, loyauté et confiance ; que dès lors, cet acte apparaît « tout d'abord comme ayant été inspiré aux époux C., par « l'unique pensée d'éviter la publicité de débats affligeants, et « de régler amiablement entre eux les conditions d'une sépa- « ration de fait ; quoiqu'ils ne se méprissent ni l'un ni l'autre « sur la fragilité légale de semblables accords ... »

Toutefois la concluante ayant offert au tribunal de prouver que le pacte avait été rédigé sur l'initiative et les conseils de Me M., lequel aurait constamment affirmé que cette convention était valable, légale et inattaquable, les juges durent examiner, avant d'ordonner une enquête, la dernière condition de receva-

bilité de l'action, c'est-à-dire l'existence même du préjudice. L'hérédité aurait été plus importante, affirmait l'héritière, si le défunt avait connu l'inefficacité de l'accord, parce qu'il aurait fait prononcer une séparation judiciaire et que le partage aurait compris seulement les biens acquis à cette époque. Sans doute, répondirent les juges, si une sentence était intervenue ce résultat se serait-il produit, mais rien ne prouve actuellement que la demande du mari aurait eu gain de cause et par suite le préjudice dont il est fait état est simplement hypothétique. Il ne peut donc servir de base à des dommages et intérêts. Mais dans ce cas, répliquait la demanderesse, le *de cujus* aurait dissimulé l'actif de la communauté, moyen que les juges repoussèrent en se bornant à le déclarer inacceptable.

L'action en responsabilité contre le notaire se trouva donc en définitive rejetée, par jugement du 26 février 1886, faute d'un préjudice certain démontré, le lien de causalité étant au surplus mis en doute (1).

L'enseignement qui ressort de cette décision est donc de nature à rassurer les praticiens au sujet des risques qu'ils courent, en intervenant activement dans la conclusion des pactes d'honneur. S'ils prennent soin, en effet, d'avertir les parties de l'invalidité légale de l'acte et s'ils le rédigent sous seings privés, on peut considérer qu'ils sont à l'abri de toute poursuite, car la cause de tout préjudice ultérieur réside dans la détermination même des parties.

(1) *Revue du Notariat*, 1887, n° 7576.

QUATRIÈME PARTIE

PROJET D'INTRODUCTION DE LA SÉPARATION AMIABLE DANS LE SYSTÈME LÉGISLATIF FRANÇAIS

Nous avons dans les pages qui précèdent successivement examiné les données de l'Histoire, du Droit comparé, de la Jurisprudence française actuelle et des mœurs, touchant le problème de la séparation amiable entre époux. Il est temps maintenant de dégager les enseignements de ce travail.

Le mobile qui nous a poussé à l'entreprendre, n'était pas tant l'intérêt d'écrire une page d'histoire pour une large part inédite, ou la curiosité de montrer l'opposition de certains systèmes législatifs voisins avec le nôtre, que le désir de réunir les éléments permettant de juger la valeur d'une institution, officiellement inconnue chez nous, mais qui serait peut-être susceptible de venir utilement enrichir notre Droit.

Ce point de vue essentiellement pratique nous était d'ailleurs imposé par le spectacle quotidien du conflit, qui incontestablement existe, nous pensons l'avoir démontré, entre le Code civil et les faits. Ne suffit-il pas, en effet, tant la chose est courante, de regarder autour de soi, pour constater l'échec de la règle si souvent rappelée au cours de cette étude ? Ainsi se trouvait posée, par la force des choses, la question de savoir lequel sur ce sujet avait raison de la loi ou des mœurs ? Par voie de conséquence, se trouvait également posée la question de savoir duquel des deux il fallait s'efforcer d'opérer la réforme. Car il est évident qu'une telle situation ne saurait se perpétuer sans inconvénients graves.

C'est donc dans le but d'apporter quelques éclaircissements à la solution de ce problème, que nous allons tirer des conclusions des exposés documentaires antérieurs. Mais à la vérité, notre réponse est déjà connue, car ces développements descriptifs parlent pour ainsi dire d'eux-mêmes.

Nous rassemblerons dans un premier chapitre les arguments qui commandent cette réponse; dans un deuxième, nous essaierons de préciser l'organisation possible du nouveau principe.

CHAPITRE PREMIER

JUSTIFICATION

La séparation amiable est une institution légitime et utile, le Code civil a eu tort de la proscrire de notre droit. Telle est la solution, depuis longtemps facile à prévoir, à laquelle nous aboutissons et dont il nous faut présenter la justification.

La séparation de corps est une mesure quasi-universelle, et perpétuelle, chez les nations qui doivent leur civilisation au Christianisme. Nous entendons par là qu'elle paraît appelée à durer aussi longtemps que l'Evangile, et à s'étendre aussi loin que lui. On doit donc l'envisager tout d'abord sous cet angle, et voir les raisons permanentes et générales qui militent en faveur de son admission par le consentement mutuel des époux.

Mais ce point de vue n'est pas suffisant, car elle joue pratiquement dans un milieu donné, et à un moment donné. Sans doute, demeure-t-elle au fond toujours identique à elle-même, sa règlementation néanmoins doit tenir compte dans une certaine mesure des circonstances de temps et de lieu. C'est là une vérité évidente, si l'on se souvient de son évolution historique, et des particularités propres aux législations que nous avons décrites. Il faudra donc en second lieu l'examiner sous cet aspect, et montrer les motifs particuliers et provisoires, qui réclament la faculté de l'obtenir par un mode consensuel.

Bien que contingentes, ces deuxièmes raisons ne seront peut-être pas les moins fortes.

Il existe, c'est incontestable, des arguments en sens contraire ; ils ont même jusqu'ici servi de fondement à la prohibition de la loi française. Quelles sont leur valeur et leur portée ? Nous devrons enfin le rappeler pour permettre une juste appréciation du problème.

Toutefois il existe à cette démonstration une question préalable, qui touche au principe lui-même de l'institution. La séparation de corps, en effet, a été violemment attaquée par certains partisans du divorce, qui ont prétendu voir en elle une mesure néfaste, qu'il serait souhaitable d'anéantir. Ce reproche exige donc une réfutation, car s'il était vrai qu'elle fût appelée à disparaître de la scène du droit, il serait inutile de travailler à son perfectionnement ; et surtout, s'il était vrai qu'elle fût mauvaise, il serait mal de vouloir favoriser son développement ; la réforme devant avoir pour conséquence immédiate de faire régulariser beaucoup de ruptures de fait, c'est-à-dire d'accroître le nombre des séparations légales. A dire vrai, le premier point ne nous retiendra pas, car actuellement l'existence de l'institution ne nous semble menacée, ni par les projets du législateur, ni par l'abstention des gens mariés (1). Le second au contraire présente un intérêt capital.

§ 1 JUSTIFICATION DU MAINTIEN DE LA SÉPARATION DE CORPS : RÉPONSE AUX CRITIQUES

La séparation de corps a déjà été abolie en France, de 1792 à 1804. Le Code civil faillit même ne pas lui redonner vie, puisque

(1) Nombre de séparations prononcées chaque année entre 1836 et 1924 :

1836-40	565	1886	2.206	1900	2.253	1914	1.696
1841-45	759	1887	1.896	1901	2.260	1915	405
1846-50	778	1888	1.694	1902	2.281	1916	611
1851-55	1.127	1889	1.653	1903	2.320	1917	825
1856-60	1.140	1890	1.570	1904	2.290	1918	924
1861-65	1.181	1891	1.536	1905	2.238	1919	1.874
1866-70	2.166	1892	1.597	1906	2.316	1920	3.300
1871-75	2.004	1893	1.620	1907	2.249	1921	3.254
1876-80	2.559	1894	1.820	1908	2.165	1922	3.404
1881	2.870	1895	1.823	1909	2.359	1923	3.335
1882	2.806	1896	1.957	1919	2.400	1924	3.333
1883	3.010	1897	1.982	1911	2.464	1925	
1884	2.821	1898	2.164	1912	2.705	1926	
1885	2.122	1899	2.254	1913	2.466	1927	

Nous avons souligné l'année 1884, date du rétablissement du divorce, et l'année 1914, date de la déclaration de guerre, qui ont jeté une pertur-

ce n'est qu'à la demande de certains tribunaux qu'elle fut introduite dans le dernier projet.

Nous ne reproduirons pas les griefs qui furent à cette époque retenus contre elle, nous les avons cités plus haut. En quelques mots, ils consistaient à dire que cette mesure est inhumaine, parce qu'il est contraire à la nature de l'homme de vivre seul, et en outre qu'elle est immorale, parce qu'elle mène fatalement les conjoints isolés à l'adultère.

Ce sont ces mêmes reproches qui ont été à nouveau formulés de nos jours (1), et c'est au « père du divorce », Alfred Naquet, qu'on en doit l'expression la plus saisissante : « Il existe dans « la Société française, écrit-il, une classe de parias à qui la « famille est interdite, qui n'ont pas droit au foyer domestique, « à l'amour, aux joies de la paternité ou de la maternité. Ce « sont les séparés de corps. A ceux-là la loi dit : Tu as un cœur « qui veut aimer et vivre, tu te sens capable d'élever des en- « fants et d'en faire des citoyens utiles, je te le défends. Tu « n'aimeras pas, tu n'auras pas d'enfant, tu dessècheras ton « cœur dans l'isolement et la solitude ; quand la vieillesse arri- « vera, tu seras soigné par des mercenaires, et tu mourras en « maudissant cette Société marâtre qui t'a voué à l'égoïsme et à « la souffrance, toi qui ne demandais qu'à te dévouer et à ai- « mer... Là où on aurait pu avoir deux ménages légaux, hono- « rés, acceptés par la Société, deux ménages qui auraient profité « au développement social par les enfants qu'ils auraient mis « au monde, on a deux ménages clandestins que leur situation « clandestine rend stériles, ou deux faux ménages avoués dont « les enfants ne sont pas seulement des enfants naturels, mais « des enfants adultérins, déchus de tout droit en naissant, et « qu'on enregistre sous cette rubrique : Né de père et de mère « inconnus (2). »

bation dans les chiffres normaux. (Extrait de l'*Annuaire statistique de la France*).

(1) « Ce qu'est la séparation de corps pour les époux, le voici : c'est le dérèglement de la vie ou le célibat forcé, c'est-à-dire un état contraire soit aux lois sociales, soit à la nature humaine » (Rapport de M. de Marcère, sur la loi de 1884, cité par PLANIOL et RIPERT *Traité pratique de Droit civil français*, t. II par ROUAST, note p. 585).

(2) Page reproduite par les frères MARGUERITE dans « *Mariage et divorce* » (*Revue des Deux Mondes*, 1er décembre 1900).

On pourrait encore citer d'autres pages analogues, et même d'un ton plus violent, comme celle-ci due à Legouvé : « La « séparation... brise le mariage comme lien et le maintient « comme chaîne. N'est-ce pas là le divorce le plus impie, le plus « corrupteur qu'aucun peuple ait jamais porté et supporté ?... « Quoi une femme à vingt-cinq ans... elle vient demander à la « loi de l'arracher à un mari dont elle ne peut plus supporter « les mauvais traitements ; la loi la sépare en effet de cet homme, « puis elle la jette dans la vie sans guide, sans consolation, livrée « à ses douleurs, à ses rêves et à sa vivace jeunesse ! Qu'ar- « rive-t-il alors ? Son isolement et son titre même de femme sépa- « rée attirent autour d'elle mille empressements intéressés, « mille espérances injurieuses ; il semble toujours aux hommes « qu'une femme séparée leur appartient de droit ! Résiste-t-elle, « ils l'en punissent en épiant sa conduite, en calomniant jus- « qu'à son passé ; car aux yeux du monde une femme séparée « ne refuse un hommage que parce qu'elle en accueille un autre. « Cède-t-elle, au contraire, honte et mépris sur elle !... Et pour- « tant est-ce elle qui est coupable ou la loi ? La loi ne l'a-t-elle « pas, pour ainsi dire, condamnée à faillir (1) ? »

Il n'est pas enfin jusqu'à la jurisprudence qui, en particulier par la voie du trop fameux Président Magnaud, n'ait fait écho à ces diatribes. « Attendu, lisons-nous dans un jugement du « tribunal civil de Château-Thierry du 5 février 1903, que la « séparation de corps est une institution bâtarde, hypocrite et « contre nature, favorisant les unions clandestines d'où sortent « ces malheureux êtres sans complet état civil, sans filiation « régulière, que, si indignement notre législation, subissant le « joug des stupides préjugés de la société actuelle, traite en véri- « tables parias ; que, quand elle n'est pas imaginée par l'un des « époux dans le but de troubler indéfiniment l'existence de l'au- « tre, elle est, dans la plupart des cas, en raison de son caractère « confessionnel, imposée par l'influence néfaste de personnes « vouées au célibat, et n'ayant pour tout foyer que celui des « autres... Par ces motifs, prononce le divorce (2). »

(1) Legouvé, *Histoire morale des femmes*, p. 200 et suiv.
(2) H. Leyret, *Nouveaux jugements du Président Magnaud*, p. 91 : Cf. C. de Caen 28 avril 1885 : « Attendu que le législateur de 1884 a

Est-ce là vraiment l'expression de la vérité ? Est-il exact que la plupart des conjoints séparés vivent dans des liens adultères ? Car s'il ne s'agit que d'une minorité, on ne saurait pas plus s'en prendre à l'institution qu'on ne saurait accuser le mariage lui-même d'être une cause de débauche, sous prétexte que certains ménages sont des ménages à trois ou à quatre. Dans l'un comme dans l'autre cas, en effet, n'interviendra alors, qu'une question de moralité individuelle échappant à l'influence de la loi.

A la vérité, ce ne sont là que des affirmations. Sans doute elles traduisent fidèlement des cas particuliers, car il y a, c'est fatal, des époux qui se laissent aller à l'inconduite une fois séparés, comme il y en a qui n'attendent pas cette liberté pour le faire. Mais elles ont le tort de se présenter comme formulant une règle générale, à laquelle elles ne laissent pas même entendre qu'il puisse y avoir d'exceptions. Vraies en particulier, elles sont fausses en général.

Pour renverser une opinion étayée sur des preuves, il est nécessaire d'apporter soi-même en sens contraire des preuves. Mais pour combattre une affirmation, on peut se contenter de lui opposer une autre affirmation, la vraisemblance de l'une devant suffire à démontrer l'invraisemblance de l'autre. Nous serions donc fondés à tracer de l'existence des conjoints séparés un tableau édifiant par sa moralité, montrant la suprême dignité de leur vie, leur résignation à un sort certes diminué, mais non pas dépourvu de noblesse, leur fermeté à ne pas se laisser gagner par la séduction de plaisirs ne pouvant leur laisser que de l'amertume, leur recherche au contraire dans le dévouement et le travail de l'oubli de leurs désillusions, leur espoir enfin, même inavoué, en une réunion plus ou moins lointaine, et surtout leur tendresse pour des enfants qui restent le témoignage vivant de leur trop fugitif bonheur.

Nous aurions le droit d'en rester là et de dire aux tenants

pensé que le divorce était préférable à la séparation de corps, et qu'il convient de ne pas maintenir indéfiniment, contre le gré de l'un des époux, une situation fausse qui ne laisse d'autre alternative qu'un célibat rigoureux ou l'adultère ». Arrêt censuré toutefois par la Chambre civile, 12 janvier 1887 (S. 88.1.374).

de la position adverse : Prouvez-nous maintenant que nous sommes dans l'erreur ; car c'est toujours à l'accusation qu'il incombe d'établir la faute « actori incumbit probatio ». Mais nous croyons qu'en cette matière qui met en jeu les mœurs, toute démonstration directe est impossible. Le seul critère qui puisse en rendre compte, c'est l'opinion publique. Cette source, elle aussi, échappe à la possibilité d'une consultation immédiate ; cependant, comme elle influence chacun à son insu, on la retrouve exprimée dans la pensée commune des auteurs. Or, chez aucun de ceux qui font autorité, et qui sont avec le plus d'empressement consultés, on ne rencontre l'imputation à la séparation d'être une cause de désordre et d'immoralité. D'ailleurs, et c'est là une constatation décisive, comment les séparés de corps sont-ils traités dans leur milieu, quel qu'il soit ? Existe-t-il contre eux une réprobation quelconque, ou une sorte de déconsidération ? Rien que par l'étonnement qu'elle suscite cette question montre bien l'invraisemblance et le mal fondé des plaintes formulées.

La cause est donc entendue sur ce point.

Pour ce qui est du caractère inhumain de la séparation de corps, en ce qu'elle interdit à ses prétendues victimes les joies de la famille par le remariage, le reproche peut être pour partie écarté par ce simple fait d'expérience que les secondes unions des divorcés, ne sont, souvent, pas plus heureuses que les premières ; en sorte que les empêcher serait en réalité mettre obstacle au renouveau de leurs souffrances. Mais il n'est pas besoin d'approfondir la discussion, en l'état d'une législation qui accorde aux époux le choix entre le relâchement et la dissolution du lien qui les blesse, et où nul n'est contraint, même le coupable, de garder plus de trois ans un célibat forcé. Personne n'a en effet le droit de critiquer les motifs de conscience, qui dictent à certains le respect du principe d'indissolubilité, même s'ils se créent ainsi une vie sans plaisirs.

Par conséquent nous n'avons pas à craindre de travailler au développement des mauvaises mœurs, en nous efforçant de rendre plus accueillante cette solution offerte par la loi aux ménages qui ne connaissent plus l'entente et l'affection. Pas davantage nous n'avons à redouter de faire œuvre inutile, en

tentant de perfectionner une institution appelée à disparaître ; car, la statistique le prouve, le chiffre des séparations est chaque année élevé, et il ne tend pas à décroître. C'est donc qu'elle répond à un besoin réel qu'aucune autre mesure ne saurait satisfaire, et c'est là sa meilleure justification.

Il y a déjà longtemps, en 1858, l'Académie de Législation de Toulouse avait mis au concours le sujet suivant : « Rechercher les améliorations à introduire dans la législation en matière de séparation de corps », mais aucun mémoire ne fut couronné. Certes depuis cette date des réformes très importantes ont été apportées au code, notamment par la loi du 6 février 1893 qui a apporté à la femme séparée la pleine capacité civile ; néanmoins il reste encore quelque chose à faire, croyons-nous.

§ 2. — LES RAISONS D'ORDRE GÉNÉRAL QUI JUSTIFIENT LA SÉPARATION CONSENSUELLE

La séparation de corps peut être comprise de deux manières très différentes : avec une portée étroite, comme la sanction et même la peine d'une violation des obligations conjugales, ou bien, dans une acception large, comme le remède d'une impossibilité morale de cohabitation.

Le Droit Canonique, auquel sa création est due, n'accueillit à son origine que la notion exclusivement pénale. Mais nous savons que par la suite il fut contraint, sous la pression des faits, de recevoir également la seconde idée. A partir d'une certaine époque, il connut donc en réalité deux mesures, et il se garda bien de confondre leurs causes, leurs procédures, leurs effets et leur désignation. Encore aujourd'hui, le « Codex » réglemente une institution double : le *divortium* pour adultère d'une part, qui confère à l'époux innocent un droit définitif, et d'autre part, le *divortium* pour causes indéterminées, dont la durée légale est limitée au temps pendant lequel il reste nécessaire.

Le Code civil, au contraire, ne connaît qu'une institution indifférenciée, qui se ressent de l'indigence de ses travaux préparatoires. Comme les seuls motifs qui autorisent les conjoints à y recourir sont l'adultère, les sévices, excès et injures graves,

et enfin la condamnation de l'un d'eux pour crime, on peut penser que le législateur a voulu voir en elle essentiellement une sanction (1). Mais, l'histoire étant un perpétuel recommencement, la jurisprudence s'est vue forcée d'admettre en partie la seconde façon de l'entendre, sous le couvert de l'expression commode « d'injure grave ».

Examinons le jeu de ces deux conceptions.

Lorsque la désunion se met dans un ménage, ce peut être pour des causes très variées ; il est impossible d'en faire une énumération, car touchant aux choses de l'âme et du cœur elles ne sont pas toujours saisissables ; et d'autre part, dépendant de la nature morale de chacun, elles ne sauraient avoir une valeur générale. Tel fait, tel geste, telle parole, telle manière d'être, suffiront à l'égard de l'un à l'irriter ou le blesser, qui n'auront pas cette conséquence à l'égard de l'autre.

Toutefois, on peut les répartir en deux catégories suivant qu'elles sont reprochables à l'un ou aux deux, ou qu'elles ne sont reprochables à personne. Car si les dissentiments peuvent naître de torts et de griefs précis, ils peuvent aussi avoir pour origine une simple incompréhension réciproque, des différences de goûts et de pensée, une aversion insurmontable, en un mot, pour reprendre un vocable déjà rencontré devant les Cours d'Eglise, une incompatibilité d'humeur et de caractère. Mais, et c'est là un point capital, soit qu'elle provienne de l'une ou de l'autre source, soit qu'elle mette, ou non, en jeu l'idée de culpabilité, la désunion n'en est pas moins la même.

Dissemblables sont donc les motifs, mais semblables les résultats.

Dans quels cas le législateur devra-t-il regarder comme licite la séparation des conjoints ? Devra-t-il prendre comme seul critère les causes, ou bien considérer la situation qu'elles produisent ?

La réponse dépendra du rôle qu'il attribuera à la mesure.

(1) Toute cause de divorce [on peut lire séparation, car la réglementation tion est la même] hors le cas de condamnation à une peine afflictive et infâmante, suppose une faute commise par un conjoint contre l'autre. Il y a nécessairement une *violation consciente des obligations nées du mariage* ». (Ripert note D. 28.1.5).

L'envisagera-t-il comme une peine ? Alors il tiendra compte des causes, ne retenant que celles constituant des fautes, et encore suffisamment graves pour mériter contre leur auteur une telle punition. Verra-t-il en elle un remède ? Alors, laissant dans le secret des consciences les motifs, il ne prendra garde qu'à leurs effets, et la permettra chaque fois que l'inimitié sera suffisante à rendre la vie commune intolérable.

La première solution sans doute est bien fondée, et l'époux adultère ou méchant doit-il être puni par la privation des joies du foyer. Mais s'ensuit-il que la seconde ne le soit pas ? Qui donc oserait le soutenir ? Non, c'est l'évidence même, la séparation n'est pas seulement un châtiment, elle a encore pour fin de soulager des misères morales.

Aussi conviendrait-il de proclamer le principe que la suspension de la vie commune est légitime, dans tous les cas où la cohabitation est devenue moralement impossible (1). Le premier avantage de cette règle sur l'énumération limitative du code, serait d'en éviter le caractère arbitraire et fictif, car les juges sont fatalement amenés à élargir indéfiniment le sens de son texte, par la nécessité inéluctable des faits. Le second serait de faire rentrer dans la légalité la plupart des ruptures qui, en dépit du code, se forment aujourd'hui sans jugement.

Le mieux semble-t-il, car les deux idées n'ont rien d'incompatible et répondent à des buts différents, serait de les laisser coexister dans la loi, ainsi qu'elles l'ont fait si longtemps dans notre Ancien Droit, sans soulever de difficultés ni engendrer d'effets regrettables.

Abordons maintenant la question du consentement mutuel.

(1) C'est d'ailleurs le principe qui a triomphé en matière de divorce, aux termes d'une décision récente de la Cour de cassation ; celle-ci substitue en somme la notion de divorce pour causes indéterminées à celle du code ne l'accordant que pour des causes déterminées. Mais tandis que cet élargissement ne nous paraît pas sans danger, s'agissant de la dissolution totale du mariage, au contraire, il ne semble pas devoir entraîner des abus en ce qui concerne la séparation qui est loin de présenter les mêmes attraits.

Civ. 14 mars 1928, A. Colin rapporteur (S. 29.1.92) : « Attendu... que la cause d'une action en divorce réside moins dans les faits matériels allégués par le demandeur, que dans l'atteinte profonde et permanente que ces faits ont porté au lien matrimonial en rendant la vie commune intolérable. »

Elle ne se pose pas en ce qui concerne la séparation-peine ; cette notion étant exclusive d'un accord. De plus celle-ci doit requérir toujours l'intervention des tribunaux, car c'est une norme indiscutée que nul ne peut se faire justice à soi-même (1). Alors la publicité des débats est déjà pour le coupable une punition, elle constitue pour l'innocent une satisfaction. Ce mode est donc par nature contentieux.

Mais pour ce qui est de la séparation entendue comme remède, implique-t-elle nécessairement, elle aussi, un acte proprement dit de juridiction ?

Le rôle d'un jugement, c'est de décider entre des prétentions contraires, quelle est celle qui est conforme à la justice, et de mettre ainsi fin à une contestation entre deux plaideurs sur leurs droits respectifs. Par définition même, celui-ci suppose donc l'existence d'un conflit, mais il ne s'ensuit pas que tout conflit doive donner lieu à une sentence. Car il est, en règle générale, permis aux parties de le résoudre entre elles amiablement ; la loi fait même de la tentative de conciliation une véritable obligation. Par conséquent il n'y aura motif à jugement qu'en présence d'un litige insoluble par une transaction.

Il est vrai qu'on rencontre également ce terme dans des hypothèses où il y a en réalité accord : si la contestation est simulée, on dit qu'il y a « jugement convenu » ; si elle fait complètement défaut, on dit qu'il y a « jugement gracieux ». Mais la validité du premier n'a pas été admise sans difficulté ; quant au second il constitue un abus de langage dû à une insuffisance de vocabulaire.

Par application de ces principes, la désunion conjugale, rendant nécessaire la suspension de la vie commune, pourra aboutir à ce résultat par deux voies : lorsqu'elle provoquera des prétentions inconciliables, le prononcé d'une sentence sera indispensable ; quand au contraire elle laissera place à une entente, l'intervention du juge comme tel ne se produira pas.

Pratiquement, nous l'avons vu, c'est ainsi que les choses se passent. Mais en l'état actuel de la législation, dans le premier

(1) Le Droit Canon reconnaît cependant cette faculté à l'époux outragé, quand l'adultère de son conjoint est notoire.

cas on a affaire à une séparation régulière, dans le second, par contre, on est en présence d'une séparation de fait, à moins que les conjoints n'aient eu recours à un « jugement convenu ».

Ainsi, tandis que comprise comme sanction la mesure a un caractère forcément contentieux, entendue comme remède elle apparaît essentiellement comme pouvant être selon les circonstances judiciaire ou amiable ; étant admis que la décision gracieuse est comprise dans ce dernier terme.

A ne considérer que les données premières du problème, étant fait abstraction pour l'instant des objections tirées de certaines acceptions des idées de mariage et d'ordre public que nous examinerons plus loin, la séparation de corps par consentement mutuel apparaît donc conforme à la nature des choses.

* * *

Mais elle n'est pas seulement conforme à la nature des choses, elle répond en outre à une nécessité ; et même à une nécessité contre laquelle toute loi reste impuissante.

Cela, c'est l'expérience qui le démontre irréfutablement.

Certes, pour établir une vérité de cette sorte, il ne suffira pas d'invoquer quelques faits récents et locaux ; car la conclusion qui en serait déduite n'aurait de valeur que dans la mesure même de cette enquête. Mais une information qui est remontée jusqu'à la source de l'institution, qui l'a suivie dans son évolution continue jusqu'à l'heure présente, qui s'est étendue à plusieurs disciplines, et même a débordé le cadre d'une nation pour étudier la loi des autres peuples, peut-elle encourir le reproche d'insuffisance et voir contester sa portée ?

Or, toutes les réponses sont concordantes. Le Droit Canon a tout d'abord entamé la lutte contre la séparation consensuelle, mais il a dû céder, malgré la force de ses armes, et l'incorporer dans la loi ; le Droit Coutumier a lui aussi combattu en vain, il a fini par lui faire quelque place ; la « Common Law » et l' «Equity » se sont également inclinées, après quelques tentatives infructueuses ; dans la plupart des pays elle s'est définitivement imposée, après l'Angleterre, l'Ecosse et les Etats-Unis, en Autriche, Arménie, Brésil, Costa-Rica, Hollande, Italie, Malte,

Mexique, Norvège, Pologne, Portugal, Suède, Tchéquo-Slovaquie et Vénézuéla ; enfin en France même, malgré l'interdiction légale, elle existe et elle est répandue dans les mœurs, ainsi que suffisent à le prouver, non seulement l'examen des faits, mais l'étude des très nombreuses décisions de jurisprudence qui ont été rendues à son sujet.

La cause est donc entendue sur ce point. Il n'est pas utile que nous insistions davantage sur l'inefficacité absolue de toute prohibition.

* * *

Naturelle et nécessaire, cette justification pourrait déjà suffire à l'admission des pactes comme mode de suspension de la cohabitation conjugale. Mais il est facile de montrer encore qu'elle est moralement légitime.

La séparation recherchée comme remède, peut être obtenue par jugement ou par accord, avons-nous dit plus haut, et les deux procédés sont concurremment utilisés dans la pratique.

Mais l'un est-il conforme à la morale, et l'autre contraire aux bonnes mœurs ? Pour l'apprécier, il faut voir comment ils se réalisent.

Quand deux époux s'adressent à la justice pour obtenir le relâchement du lien qui les unit, ils doivent prendre position d'adversaires, même s'ils communient dans le même désir de s'écarter l'un de l'autre. La loi ne leur accorde pas le droit d'établir simplement l'existence et la gravité de leur inimitié ; ils sont obligés d'accuser. Il faut au moins que l'un des deux se soit rendu coupable de l'une des fautes prévues par le code, et que la preuve en soit fournie au juge ; car l'aveu du défendeur ne servirait de rien. Ainsi voilà deux personnes qui ont eu entre elles les rapports les plus chers et les plus intimes, qui vont rester conjointes par mariage, et qui sont forcées, pour ne plus demeurer ensemble à raison de leur discorde, de se dresser l'une contre l'autre devant un tribunal, de dévoiler publiquement les choses les plus secrètes de leur vie, de faire entendre les témoins de leur désunion, de faire appel au coûteux concours de praticiens qui, par nécessité, ou par habitude, feront apparaître les torts plus considérables et rendront les reproches plus amers, de

rester enfin des semaines et des mois dans cet état de lutte, à faire revivre des griefs déjà oubliés, à s'aigrir et à s'irriter. Les parties seront venues souvent au prétoire, ayant perdu leur affection mutuelle, ne pouvant plus se supporter dans le rapprochement du foyer, mais sans haine et capables encore de pardon après un temps d'épreuve ; elles en repartiront remplies d'amertume, de haine et de rancune. Le mariage ne sera pas brisé selon la loi, mais il sera dissous définitivement dans leur cœur.

Voyez au contraire deux époux s'accordant, par-dessus leurs dissentiments, sur l'impossibilité de mener plus longtemps ensemble une existence commune, et arrêtant entre eux les conditions de leur éloignement. Parfois ils réuniront leurs parents, presque toujours s'ils ont des biens, ils recoureront à leur notaire qui les conciliera au besoin. Ils se feront réciproquement des concessions pour aboutir à une entente, qui, sans scandale ni lourdes dépenses, les libérera d'une chaîne devenue trop pesante. Les secrets de leur vie ne seront pas donnés en pâture à la malignité publique ; et surtout leur hostilité ne sera pas accrue, si même ils ne se sont déjà à moitié pardonné. La situation qui en résultera sera tout à fait analogue à celle produite par un jugement, les conséquences fâcheuses en moins ; et les choses en iraient de même, si le législateur croyait devoir soumettre la conclusion du pacte au contrôle de la juridiction gracieuse.

Vraiment si l'un de ces deux procédés doit être déclaré contraire à la morale, ce ne peut être que le premier qui aboutit trop fréquemment à transformer le « remède » en poison.

* * *

Nous n'avons jusqu'ici considéré la séparation consensuelle que du point de vue individuel des parties. C'est là sans doute le premier élément en cause, mais ce n'est pas le seul ; la famille et même la Société ont leur mot à dire dans cette importante question.

La famille c'est, semble-t-il, deux choses : c'est, d'une part, la réunion des différentes personnes qui la composent, mais c'est aussi cet être collectif, véritable cellule sociale, qui indépendamment de ses membres, a sa physionomie propre, son honneur et

ses intérêts. Pour elle ce qui importe au premier chef, en outre d'être nombreuse et prospère, c'est de rester stable et forte, c'est-à-dire unie. La séparation est donc à son égard une grave perturbation. Quand elle est devenue inévitable, on doit alors s'efforcer de ne pas la rendre définitive en aggravant le mal ; mais au contraire de laisser subsister toutes les chances de réconciliation qui, dans un avenir proche ou lointain, pourront la faire cesser. Or, sous ce rapport, la chose est manifeste, le mode consensuel est infiniment supérieur à la voie contentieuse ; il n'est pas nécessaire que nous reproduisions ce que nous venons d'exposer.

Pour ce qui est maintenant des personnes qui la composent, ce sont en dehors des époux, leurs enfants et leurs parents ou alliés. Mais les premiers sont ceux qui ressentent le plus vivement les effets de la rupture, les seconds n'en étant d'ordinaire touchés que d'une manière très indirecte.

En ce qui les concerne, le problème se pose de la sorte : quel est le procédé le moins néfaste, du pacte ou du jugement ? La solution ici encore est évidente, tandis que celui-ci, publiant les fautes de leur auteur, est souvent une cause de scandale qui ternit l'honneur de leur nom, et qui peut par la suite porter le plus grave préjudice à leur établissement, la convention laissant ignorer les motifs cachés de la désunion, ne produit aucune de ces conséquences ; de plus, ne leur révélant pas l'inconduite de leur père ou de leur mère, elle contribue à conserver chez eux l'estime qui est aussi précieuse que l'affection ; enfin, laissant plus large ouverte la porte du pardon, elle ne leur enlève pas l'espoir de retrouver un jour les joies d'un vrai foyer.

Pour sa part, l'intérêt de la Société coïncide avec celui de la famille et des enfants, qui sont parties intégrantes d'elle-même. Par ailleurs, moins il y aura de bruit et de trouble autour de ces sortes d'affaires, mieux cela vaudra pour l'ordre.

La reconnaissance de l'institution est donc encore conforme à l'utilité sociale.

Tout cela suppose, néanmoins, qu'il ne sera pas fait abus du moyen. Mais ce n'est plus là une question de principe, mais seulement d'organisation. Nous verrons donc plus loin ce qu'il y a lieu d'en penser.

§ 3. — LES MOTIFS SPÉCIAUX QUI RENDENT ACTUELLEMENT SON ADMISSION SOUHAITABLE EN FRANCE

Le code qui est en vigueur en France depuis 1804, rejette la séparation consensuelle par une formule impérative. De leur côté les mœurs, peu soucieuses sur ce point de la volonté du législateur, consacrent l'existence de ce mode par un usage constant et général. Il y a donc une contradiction éclatante entre eux.

Est-il bon qu'une telle situation se perpétue ?

Sans vouloir reprendre les arguments philosophiques qui fondent le caractère obligatoire de la loi, mais en se plaçant simplement à un point de vue pratique, on aperçoit immédiatement qu'un pays où elle serait normalement violée serait bien vite en état d'anarchie ; le respect du droit positif étant la seule garantie de l'ordre social. Sans doute n'y a-t-il pas lieu de s'émouvoir hors de propos au sujet de la méconnaissance d'un texte de détail ; cet état de choses ne dure-t-il pas d'ailleurs depuis 1804 ? Mais si la remarque en soi est exacte, et si la matière par elle-même ne présente pas de gravité, est-il certain qu'il ne puisse pas en résulter des conséquences regrettables ? L'opinion une fois répandue, et c'est le cas, qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de telle prescription du code parce qu'elle est arbitraire, ne risque-t-elle pas de provoquer cette conclusion, que toute disposition légale peut être écartée par chacun lorsqu'elle est mal fondée ? Alors, abandonnée au libre examen de tous, ne perdra-t-elle pas rapidement toute valeur ? L'idée même de loi, avec un tel état d'esprit, serait appelée à disparaître.

Pour éviter l'amoindrissement de son prestige qui reste une nécessité, quand il existe une opposition de la nature de celle que nous envisageons, il faut donc réformer les mœurs ou la loi.

Réformer les mœurs, on peut s'efforcer de le faire par l'établissement d'une peine réprimant le fait illicite, regardé désormais comme délit ; mais cela suppose qu'elles sont mauvaises. Si elles ne le sont pas, c'est alors forcément la loi qu'il faut modi-

fier, car de toute façon il convient de la faire appliquer ou de l'abroger.

Il y a donc là une raison sérieuse qui justifie la disparition d'une règle qui n'est plus observée. Mais il en est actuellement une autre encore plus impérieuse qui commande de la remplacer.

* * *

Dans la législation qui régit aujourd'hui notre pays, coexistent les deux mesures du divorce et de la séparation de corps, ouvertes toutes les deux pour les mêmes causes, bien que la dernière soit infiniment moins grave que la première.

C'est là une conception qui paraît étonnante, toute idée confessionnelle mise à part, puisque les catholiques ont libre accès aux deux. Aussi penserait-on volontiers que les juges, usant de leur pouvoir souverain d'appréciation des faits, se montrent moins exigeants pour le prononcé de la seconde, afin de rétablir l'ordre normal des choses. Il n'en est rien, et la situation devient vraiment paradoxale, lorsqu'on constate qu'au contraire ils accordent bien plus aisément la dissolution du mariage que le simple relâchement du lien (1).

Pourtant cela est notoire ; et d'ailleurs il n'est pas difficile d'en apporter la preuve irréfutable, par la comparaison des chiffres proportionnels respectifs des résultats des demandes. Dans la période s'étendant de 1902 à 1912, sur 132.852 actions en divorce qui ont abouti à un jugement, 122.802 ont été accueillies, soit 92,4 %. Or, pendant le même temps 26.499 requêtes en séparation ont été présentées, dont 23.506 ont été admises, soit seulement 88,7 %. Les rejets n'ont donc été que de 7,6 % pour le premier, tandis qu'ils se sont élevés à 11,3 % pour la seconde (2).

Des protestations n'ont pas manqué de s'élever contre cette façon pour le moins curieuse d'appliquer la loi.

A considérer rapidement les chiffres d'après guerre, on pour-

(1) V. cependant C. de Riom, 13 juin 1893 (S. 95.2.162) accordant seulement au demandeur *en divorce*, la séparation de corps à raison de l'insuffisance des faits allégués.

(2) V. l'*Annuaire statistique de la France*.

rait croire à une amélioration. En effet de 1919 à 1924, on ne compte que 1.433 décisions de rejet, sur 18.059 demandes en séparation qui n'ont pas été retirées, soit 7,9 %. Mais il n'y a là qu'une apparence, car pour la même époque la proportion concernant les divorces est tombée à 5,9 % ; sur 139.338 jugements, 131.083 ont donné gain de cause aux demandeurs.

Le seul résultat que puisse engendrer un semblable état de choses, c'est d'attirer vers cette dernière mesure des gens qui seraient disposés à accepter une solution moins définitive, par espoir ou par devoir. Et cependant, elle présente déjà par elle-même suffisamment d'attrait, sans qu'il soit besoin de lui adjoindre cette facilité plus grande d'obtention.

Par conséquent il apparaît nécessaire, pour rétablir le parallélisme rompu entre les deux institutions, soit d'apporter des restrictions à l'une, soit d'élargir la formation de l'autre. Le premier remède serait peut-être le meilleur, mais il est certainement le moins réalisable : le second semble donc s'imposer. Il y a là un intérêt moral important, car c'est faire violence aux consciences, que de les amener par de telles séductions, à l'abandon d'un principe de conduite aussi capital que la règle d'indissolubilité.

Mais en réalité la question déborde infiniment ce point de vue. Elle touche à l'un des plus graves problèmes de notre temps. Nous voulons parler du danger que présente pour la Société le développement continu du divorce.

Tout a été dit concernant le principe lui-même de son admission dans le droit, ses partisans en attendant des effets merveilleux, ses adversaires n'y voyant qu'une source de maux. Aussi nous garderons-nous de prendre position sur ce point, étranger à notre sujet, et sur lequel nous ne pourrions que reproduire des choses cent fois écrites. La controverse néanmoins est toujours ouverte, la lutte pourrait-on dire, car la matière ne heurte pas seulement des opinions, elle met en jeu des croyances. Toutefois, s'il ne nous semble pas utile d'envisager l'institution en soi, il nous paraît par contre du plus vif intérêt de la considérer dans ses abus ; car nous pensons que la reconnaissance d'un mode consensuel de séparation de corps serait susceptible de les atténuer.

Comment est appliquée la loi qui régit la dissolution du mariage (1) ? On sait qu'elle donne une énumération limitative des causes qui l'autorisent, et qu'elle se montre sévère sur la preuve. Elle rejette en particulier le consentement mutuel qui avait été admis en 1804. Ces principes sont-ils en fait respectés ?

Nous n'étonnerons personne en affirmant qu'ils sont journellement méconnus. Voici comment les choses se passent, puisqu'il faut malgré tout que les apparences soient sauves ; personne le plus souvent n'en étant dupe. L'épouse quitte le domicile conjugal. Son mari lui fait sommation par acte d'huissier d'avoir à le réintégrer. Elle s'y refuse énergiquement, en proférant à son adresse quelques paroles désobligeantes. Cela suffit à constituer un abandon injurieux, c'est-à-dire aux termes de la jurisprudence « l'injure grave » exigée par le code (2). Ou bien, si c'est le mari qui accepte que le jugement soit rendu contre lui, le scénario est analogue. La femme étant censée chassée par celui-ci,c'est elle alors qui lui fait sommation d'avoir à la recevoir, il s'y refuse dans des conditions identiques,et il y a encore « injure grave ». Ce procédé est le plus couramment adopté à raison de sa facilité. Parfois aussi les parties s'entendent pour échanger une correspondance « injurieuse » ; parfois elles décident de recourir à des témoins de complaisance pour prouver l'existence de faits « injurieux », ou d'excès et sévices comme un soufflet donné publiquement. « Il existe enfin une recette, de la simplicité la plus élégante. L'un des époux demande le divorce en invoquant, à l'appui de sa demande, un grief énorme et d'ailleurs purement imaginaire. Comme il ne peut l'établir, l'autre riposte par une demande reconventionnelle, fondée sur l'injure grave résultant de la fausse allégation articulée contre lui. Et les juges ne peuvent faire autrement que de lui donner gain de cause ! (3) »

(1) V. la thèse très documentée de Valensi, *L'application de la loi du divorce en France : tendance générale de la juriprudence, résultats sociaux, projet de réforme* (Montpellier, 1905) à laquelle nous empruntons certains éléments de discussion, bien que nous soyons loin de souscrire à ses conclusions.

(2) Sur le vice fondamental de l'expression « injure, grave », V. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III (1921), nº 259, p. 477.

(3) A. Colin, *L'élargissement du divorce. Revue de Paris*, 1er octobre 1906, p. 561.

Cependant ces différents griefs fictifs ont le défaut de laisser place au pouvoir d'appréciation des magistrats, bien qu'à la vérité ils n'en fassent guère usage. Aussi arrive-t-il aux conjoints de recourir à la simulation du moyen péremptoire qu'est l'adultère, lequel en l'état des idées n'entraîne pour le mari aucune déconsidération. La réalisation en est des plus faciles, le jour, l'heure, et le lieu du flagrant délit sont convenus à l'avance ; l'époux s'adresse à une professionnelle et la constatation est régulièrement faite (1). C'est même là une des spécialités des agences qui ont pour objet l'exploitation de cette branche commerciale nouvelle, qu'est de nos jours le divorce.

Mais ce n'est pas tout. Pour simplifier encore les débats, dans un très grand nombre de cas, le défendeur fait défaut. Voici comment alors le procès se déroule, suivant un magistrat ayant rempli à Paris les fonctions du ministère public près de la IV^e^ Chambre civile : « Il semblerait au premier abord, qu'on dût prendre des précautions plus grandes, puisque le défendeur n'est pas là pour exposer ses raisons. Au contraire on ne fait pas même d'enquête, et le tribunal prononce sur le vu de simples renseignements qui lui sont transmis par le commissaire de police du quartier des conjoints. Nous savons tous de quelle manière ces renseignements sont obtenus. Comme je demandais un jour à un inspecteur de la sûreté la façon dont on les recueillait : « Oh, Monsieur, c'est bien simple. Quand il y a une domestique dans la maison, on attend qu'elle aille au marché et on provoque ses confidences ; sinon on interroge la concierge par laquelle, du

(1) Trib. de Boulogne-sur-Mer, 1^er^ août 1907 : « Attendu que cette convention porte en substance que : « les parties n'ayant aucun tort réel à se reprocher, mais jugeant la vie commune impossible entre elles, elles ont résolu d'accord de demander le divorce, que pour y parvenir, M. L... négociant à C... élira domicile à Paris, qu'il y vivra en concubinage apparent, qu'un flagrant délit sera régulièrement constaté ; que M^me^ L., ce résultat obtenu, devra, de convention expresse, se désister de sa plainte devant le juge d'instruction saisi, constituer avoué dans la quinzaine du retrait, introduire ensuite une demande en divorce et diligenter la procédure en vue de la solution la plus rapide possible ». Attendu que cette convention a été exécutée de point en point ; que notamment... un jugement par défaut est intervenu... qui prononçait le divorce aux torts du mari... (G. T. 1907.2.400).

Cf. C. de Besançon, 16 mai 1923 (G. P. 23.2.255).

Req. 15 janvier 1929 (D. H. 29.81).

reste, on contrôle toujours les propos des servantes ». Et c'est sur ces notes qu'on dissout les mariages (1). »

Ainsi, que la procédure soit contradictoire ou par défaut, la complaisance des juges est acquise aux parties (2) ; qu'ils soient favorables à une interprétation extensive des textes, ou que, débordés par le nombre des requêtes, ils se sentent impuissants à remonter le courant. Peut-être d'ailleurs n'est-il pas toujours commode de déjouer la fraude, certaines décisions du moins le prétendent (3).

Le résultat ? Il est remarquable. On a vu rendre à Paris, en une seule audience, d'abord 159, ensuite 242, puis encore 294 jugements de divorce (4). Le total chaque année s'accroît suivant une progression alarmante. D'après les chiffres que nous avons cités plus haut, il a été dissout plus de mariages en cinq ans,

(1) Communication faite au *XX*e *Congrès d'Economie sociale* (Valensi, *op. cit.*, p. 102).

(2) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II par Rouast, p. 393, s. : « Le législateur avait cru ne permettre que le divorce pour des causes limitativement déterminées ; par une interprétation *complaisante* et certainement abusive de l'expression « injure grave », les tribunaux en sont venus à admettre un nombre presque indéfini de causes de divorce. Par ailleurs les magistrats ont *complaisamment* sanctionné des divorces par consentement mutuel dont la cause légale était simulée.

(3) Trib. Seine (*Le Temps*, 25 nov. 1902) : « Attendu que R. a formé contre sa femme défaillante une demande en divorce ; — attendu que dans le courant de mai 1902, la dame R. a quitté le domicile conjugal ; — attendu que le 21 du même mois son mari lui a fait notifier par... huissier, sommation de reprendre la vie commune, à quoi elle a opposé un refus péremptoire, accompagné par surcroît d'épithètes injurieuses à l'adresse de R. ;

« Attendu qu'il est bien possible que cette rupture de la vie commune ait été concertée entre les époux, soit que les causes légales ou les preuves aient manqué, soit qu'ils aient voulu abréger une instance toujours pénible et coûteuse ; — Attendu qu'un tel expédient, équivalent au consentement mutuel, était d'autant plus facile à régler en l'espèce, que les époux R. sont sans enfant ni fortune ; que toutefois le tribunal n'a pas la preuve de cette fraude à la loi, qu'il ne peut l'affirmer sur de simples présomptions ; qu'ainsi la demande de R. doit être admise » ;

On peut citer par contre un exemple de décision ayant rejeté la demande pour cause de fraude, Paris, 8 novembre 1893 (*Le Droit*, 29 décembre 1893).

Cf. Trib. de Verviers, 6 février 1901 (Pas. 1901.III.223).

E. Durkheim, *Le Divorce par consentement mutuel* (*Revue bleue*, 5 mai 1906), p. 553 : « ... est-il bien certain que le juge soit à ce point désarmé, et n'y a-t-il pas souvent beaucoup de complaisance dans la manière dont il se laisse tromper ? »

(4) Chiffres cités par Morizot-Thibault, dans la *Réforme sociale*, 15 juillet-1er août 1901.

de 1919 à 1924, qu'en dix ans avant guerre de 1902 à 1912, 131.083 contre 122.802 (1). En outre les tribunaux, loin d'opposer la moindre résistance à cet afflux se sont laissés gagner davantage par le mouvement, puisque la proportion des demandes rejetées est tombée pendant le même temps de 7,6 à 5,9 %. On peut par suite dès maintenant prévoir à quelle date cet indice égalera zéro.

En fait, le divorce par consentement mutuel se trouve donc rétabli, mais sans les restrictions que le code avaient primitivement prescrites, et les progrès de son développement sont ininterrompus.

Cette situation ne laisse pas d'être infiniment menaçante pour l'avenir de la famille française. N'est-ce pas ainsi qu'ont commencé ces grandes époques de crise du mariage et des mœurs, qui accompagnèrent le Bas Empire romain et la Révolution ? Sommes-nous donc sur la pente fatale qui mène à la « libre pratique de la débauche (2) » ?

Aussi une légitime inquiétude s'est-elle répandue, sinon dans la masse, du moins chez une élite nombreuse, qui s'est donnée pour tâche de dénoncer le péril et d'en chercher les remèdes (3). L'état actuel du mal est présenté dans les termes suivants, par

(1) La liquidation de l'arriéré des années de guerre, et le retour de l'Alsace-Lorraine à la vie française sont insuffisants à eux seuls à justifier cet accroissement.

Ces chiffres ne comprennent pas les conversions de séparation en divorce.

(2) A. Sorrel, *Introduction au Livre du Centenaire du Code civil*, p. XXXVII : « La jurisprudence... a mis la banalité et l'abus, là où les auteurs de la réforme n'avaient cherché que la réparation de misères exceptionnelles. Les conséquences en moins d'un quart de siècle semblent désastreuses, et c'est simplement se montrer prévoyant que de redouter, de ce relâchement de la jurisprudence, un retour au temps du Directoire.

V. Madelin, *La Révolution*, 2e éd. 1913, p. 492 et s.

Cf. La déclaration faite au Sénat le 13 décembre 1904, par le rapporteur lui-même de la loi de 1884 : « La magistrature a méconnu la pensée de la loi du divorce, elle en a fait un mauvais usage et préparé un état social auquel, certes, nous étions loin de songer quand nous avons donné notre adhésion à cette disposition légale. » (De Marcère, *J. O. Débats parlem. Sénat*, pp. 1070, 1071).

(3) V. Guillouard, *Le Divorce et la Famille* (*Sem. soc. de France*, XIIe session, Caen, 1920, pp. 381 et s.) : « ...je fais appel à tous les honnêtes gens, quelle que soit leur religion, à tous ceux qui aiment leur patrie et qui respectent la famille. »

l'un des collaborateurs de notre plus récent Traité de Droit civil : « ...Le danger le plus grave tient au désordre qu'entraîne dans la famille la perspective du divorce facile. La possibilité du divorce incite à l'adultère : elle envenime les inévitables querelles conjugales ; elle fait obstacle aux réconciliations. Sans elle beaucoup de ménages resteraient sinon très unis, du moins résignés suffisamment pour assurer un foyer aux enfants. Avec le divorce facile, ces mêmes ménages en viennent tout de suite à l'idée d'une rupture, et de cette idée, à sa réalisation le pas est vite franchi. La possibilité pousse, d'autre part, aux unions inconsidérées, elle conduit tout droit à la pratique du mariage à l'essai, et est responsable en partie de la baisse de la natalité... (En note) : Ce sont les départements où l'on divorce le moins qui sont les plus prolifiques (1). »

Certains auteurs n'ont pas craint de proposer comme mesure propre à enrayer le cours de cette véritable maladie sociale, le retour au principe d'indissolubilité. Mais c'est là une réforme, peut-être tout à fait irréalisable (2), sûrement prématurée (3) ; car le divorce est entré dans les mœurs, la chose est indiscutable. La seule solution qui puisse donc être utilement envisagée, c'est la modification législative de ses causes dans un sens restrictif (4) ; et encore le succès de cette idée ne pourra-t-il se pro-

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II, par Rouast, *loc. cit.*

(2) A. Colin dans Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I (4e éd.), p. 202 s. : « ... nous ne dissimulerons pas que nos préférences vont à la thèse de l'indissolubilité du mariage... Le régime de l'indissolubilité, sous lequel la Chrétienté a vécu pendant des siècles, nous apparaît comme ayant été une conquête de la civilisation... — Il n'y a certainement pas plus de bonheur répandu dans la société française depuis que le divorce y a été rétabli. Les époux que tourmente une âme inquiète et impatiente de toute contrainte, chercheront bien souvent en vain dans une deuxième union la félicité qu'ils n'ont pu atteindre dans la première... Nombre de ménages, au temps du mariage indissoluble, surmontaient des difficultés passagères et arrivaient à fournir une honorable carrière, qui eussent sombré dans le divorce, s'il avait alors existé... est-ce à dire que l'on puisse à l'heure actuelle, espérer remonter le courant... Nous ne le croyons certainement pas. Il ne faut pas oublier en effet qu'en cette matière, la loi ne saurait heurter le sentiment public. »

(3) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II, par Rouast, *loc. cit.* : « ... un retour à la tradition, tempérée par un assouplissement des nullités, sera peut-être nécessaire quelque jour ».

(4) P. Cuche, *La suppression du divorce* (*Sem. soc. de France*, XVe session, Grenoble, 1923, p. 289 et s.), p. 302 : « ... la suppression du divorce est une réalité à laquelle nous devons prétendre, et non pas seulement

duire, semble-t-il, que lorsque l'opinion publique aura été émue en sa faveur.

Alors l'identité actuelle de réglementation pourra-t-elle être maintenue avec la séparation de corps ; ou bien ne sera-t-on pas forcé cette fois de revenir à la conception naturelle du rôle de cette dernière ? En enlevant aux époux le droit de dissoudre leur union par consentement mutuel, il sera difficile, car les habitudes ne changent pas aussi vite que les lois, de ne pas leur accorder du moins la faculté de se séparer valablement à l'amiable. Ainsi l'organisation du droit apparaîtra plus satisfaisante : la mesure exceptionnelle du divorce ne sera plus destinée qu'à sanctionner les conflits conjugaux d'une exceptionnelle gravité ; tandis que la simple séparation, procurée sans frais ni scandale, constituera le remède usuel des discordes courantes, qui de la sorte redeviendront dans la plupart des cas temporaires. La séparation consensuelle sera, par conséquent, le complément obligé d'un divorce devenu plus rare. Ne joue-t-elle pas ce rôle en Angleterre, où celui-ci n'est admis qu'en cas d'adultère, ainsi qu'en Italie où il est même tout à fait inconnu ?

Mais ce n'est là qu'une prévision pour un avenir probablement lointain, car la réforme de ce dernier n'est pas encore près d'aboutir. Or il y a lieu de se préoccuper dès maintenant d'entamer la lutte contre le fléau signalé. Les termes du problème sont les suivants : étant donné que nombre de conjoints désunis, mais non pas irrémédiablement, ne recourent au divorce qu'à raison de son extrême facilité, comment les retenir dans les liens du mariage ? La seule réponse qui semble s'imposer, en dehors de la précédente, est celle-ci : en les attirant vers une séparation de corps bien plus aisée à obtenir, moins coûteuse, et débarrassée des désagréments qui malgré tout subsistent dans toute procédure contentieuse.

Dans quelle mesure cette concurrence sera-t-elle efficace à détourner les gens d'un état d'esprit et d'une pratique néfastes ?

un idéal auquel nous devions tendre. — Mais cette énergique affirmation de principe ne nous impose pas cependant la politique du tout ou rien ».

Le *Conseil supérieur de la Natalité* a également émis le vœu, dans sa session de 1924, qu'aucun divorce ne puisse être prononcé sans que le conjoint coupable soit condamné à une peine correctionnelle, afin d'empêcher les divorces par consentement mutuel.

Il est impossible de le déterminer par avance ? Sans doute, serait-il vain de se leurrer à ce sujet d'espoirs excessifs. Néanmoins, même limitée, l'action de ce moyen ne pourra être que bienfaisante. Cet aspect particulier de la question des « Pactes » mérite donc de retenir l'attention de tous ceux qu'alarme la précarité actuelle du lien matrimonial (1).

§ 4. — RÉPONSE AUX OBJECTIONS

Si la séparation conjugale par consentement mutuel paraît ainsi répondre à la fois à une nécessité permanente et légitime, et aux besoins les plus pressants de notre société actuelle, sa reconnaissance par la loi n'en soulève pas moins des objections qui sont loin d'être négligeables. Il est donc nécessaire de les examiner, avant d'être en droit de conclure. D'ailleurs, même si elles ne sont pas suffisantes à mettre obstacle à l'admission du principe proposé, probablement seront-elles susceptibles d'inspirer certaines règles de son organisation.

Ces critiques se présentent sous deux formes : les unes s'en prennent à l'idée même de pacte, et prétendent qu'elle est illicite ; les autres se bornent à exprimer des craintes relatives à ses conséquences, assurant qu'elles seront forcément regrettables. Leur portée par suite n'est pas la même, car si les premières visent à anéantir toute la démonstration précédente, les secondes opposent simplement aux bienfaits attendus de la réforme des inconvénients malgré tout incertains.

Envisageons celles-là tout d'abord.

Certains ne manqueront pas de dire, et cette affirmation facile ne sera pas nouvelle, que la séparation par consentement mutuel est contraire à l'ordre public. Mais en quoi. C'est ce qu'ils oublieront le plus souvent d'ajouter, préférant s'en tenir à cette imprécision commode. Dans ces conditions l'assertion n'aura d'autre valeur que celle d'une appréciation purement

(1) Cf. Colin et Capitant, *op. cit.*, I, p. 242.

subjective. L'ordre public, c'est en réalité l'ensemble des règles dont le maintien apparaît indispensable à la sécurité et à la moralité générales, tant dans les rapports personnels des citoyens, que dans leurs relations économiques. Or, ces intérêts seront-ils méconnus lorsque l'éloignement des époux pourra se réaliser sans scandale, se trouveront-ils violés parce que d'innombrables situations de fait pourront être régularisées ? En vérité, si la séparation de corps n'est pas en soi contraire à cet ordre public, on ne voit pas comment elle le deviendrait du seul fait que son mode d'obtention éviterait aux parties l'obligation pénible de plaider. D'ailleurs, n'est-ce pas ce même reproche qui fut autrefois formulé en Grande-Bretagne à l'encontre de la sanction judiciaire des « pactes » ; et l'expérience n'en a-t-elle pas démontré la fausseté ? Enfin l'ordre public est-il vraiment si différent en France, sur ce terrain, de ce qu'il est dans tant d'autres pays, et spécialement en Italie, où, ne l'oublions pas, le lien matrimonial est indissoluble ?

Le grief réduit à cette formule ne mérite donc pas d'être retenu.

Le devoir de cohabitation entre époux, dira-t-on en second lieu, résultant de la loi et non pas de la volonté des parties, ne saurait être régulièrement suspendu par le seul accord de ceux-ci.

De prime abord, on serait tenté de répondre simplement à cet argument : s'il est exact qu'une telle faculté ne puisse appartenir de droit aux époux, rien n'empêcherait la loi de la leur accorder spécialement. Mais ce serait méconnaître sa valeur véritable, car il revient au fond à déclarer que la séparation amiable est contraire à la nature du mariage.

Que convient-il de penser de cette allégation ? Elle touche, en réalité, à l'une des plus importantes controverses qui divisent la doctrine contemporaine : l'union conjugale est-elle un contrat ou une institution, c'est-à-dire une organisation légale ?

Pour les rédacteurs de notre Code civil, on s'en souvient, le mariage était une convention, engendrant par suite des obligations essentiellement contractuelles. S'agissant néanmoins d'un acte intéressant la société toute entière, un pouvoir de réglemen-

tation était reconnu au législateur. A supposer donc que ce dernier ne trouve plus opportun de mettre ici obstacle, en application de ce pouvoir, au jeu des règles ordinaires, rien n'interdirait aux conjoints de s'entendre valablement pour interrompre entre eux la vie commune. Ce qu'un « mutuus consensus » a créé, pouvant être détruit par un « mutuus dissensus ». En somme, si les idées sur ce point n'avaient pas évolué, aucune objection de cette sorte ne serait à craindre, car non seulement il n'existe pas d'opposition entre les deux notions envisagées, mais bien plus elles sont en parfaite harmonie.

Mais que vaut aujourd'hui cette conception ?

Elle est complètement réprouvée par un certain nombre d'auteurs, qui enseignent que toute idée de contrat doit être bannie d'une manière absolue du droit de famille (1). L'origine de ce mouvement en France, paraît remonter à une conférence assez retentissante, qui fut donnée en 1902 par Charles Lefebvre (2). Mais la nouvelle théorie n'a trouvé son expression la plus vigoureuse que dans les travaux de M. Bonnecase, son principal champion, qui la défend avec une ardente conviction. Le ma-

(1) E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'Etude critique de l'individualisme juridique* (Thèse Dijon, 1912), pp. 259, 260 : « Cette conception purement contractuelle du mariage est anti-sociale, anti-historique, anti-naturelle... Sa destination naturelle n'est pas de créer entre deux êtres des obligations personnelles se servant mutuellement de « cause », d'engendrer une situation contractuelle, dont le maintien serait subordonné à l'exécution des engagements réciproques des contractants, mais de donner naissance à une famille nouvelle... Les lois qui régissent le mariage sont donc dictées par une finalité supérieure : elles ne sont pas les clauses tacites d'une convention individuelle ».

G. Renard : « Le mariage n'est point un contrat, c'est l'acte de fondation de l'institution familiale, cet acte consiste dans une double adhésion à un statut tellement indépendant de la volonté des époux que ceux-ci n'ont la faculté ni de l'amender, au moment où ils y adhèrent, ni à plus forte raison de s'y dérober d'un commun accord après qu'ils s'y sont soumis, il n'y a pas plus de contrat matrimonial qu'il n'y a de contrat social. » Dans *La Cité moderne et les transformations du Droit*, note p. 101 (*Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4, 1925).

(2) *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat* (*N. R. H.*, 1902, p. 300 et s.), n° 1 : « ...*l'état de mariage*, avec ses devoirs tracés dans la loi, ne peut être ramené à un ensemble d'obligations conventionnelles. Il y a pour attacher les conjoints l'un à l'autre un autre élément non moins essentiel que leur consentement, et qui porte plus loin que leur double volonté : l'autorité divine dans le sacrement de mariage, l'autorité sociale dans le mariage civil. » »

riage suivant lui, est « une institution conditionnée par un acte juridique », celle-là étant faite de toutes les règles organisant socialement l'union des sexes, et celui-ci du consentement des époux, et de la participation de l'officier de l'état-civil à l'émission et à l'efficacité dudit consentement. Par conséquent cet acte complexe, qualifié selon une terminologie chère à Duguit d'acte-condition, n'est pas le mariage, « il met simplement en mouvement au profit de deux personnes déterminées, l'institution du mariage (1) ».

Quelle peut être la répercussion de cette doctrine à l'égard des pactes de séparation ? Nous devons ici distinguer entre les pactes purement privés du système anglais, et les pactes homologués du droit italien. Pour ces derniers, en effet, aucune difficulté ne saurait s'ensuivre, puisqu'en principe la décision émane toujours du juge, et que la volonté des conjoints n'a par elle-même aucune valeur (2). On sait d'ailleurs que la notion d'institution était admise par les rédacteurs du code de 1865. Mais en ce qui concerne les premiers, la solution peut sembler douteuse. On prétendra peut-être que ce serait introduire un élément dis-

(1) V. *La Philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille. Ses destinées dans le droit civil contemporain* dans *Rev. gén. du Dr.*, 1920, p. 181, s., 1922, nos 80 s.

(2) E. Gounot, en particulier, propose de rendre légale la « séparation de fait », en faisant prononcer toutes les mesures nécessaires par le juge : « C'est parce que les catholiques ne peuvent admettre le divorce que le législateur français a maintenu pour eux en 1884, à côté du divorce, la séparation de corps. Or, telle qu'elle est aujourd'hui réglementée par la loi, avec notamment la possibilité d'une conversion automatique en divorce à la requête de l'un quelconque des époux, la séparation de corps ne satisfait aucunement la conscience catholique ; si bien qu'on est tenté de se demander dans quelle mesure il est utile de la maintenir. Ne vaudrait-il pas mieux connaître et organiser juridiquement en vue de le rendre tolérable pour la femme, l'état de séparation de fait, que des divergences profondes de tempérament ou des fautes graves rendent si souvent inévitable ? Une fois judiciairement constaté l'état de séparation de fait, — et cette constatation n'aurait pas besoin d'être l'objet d'une instance « principale », mais pourrait se faire par simple voie « incidente » au cours, par exemple, d'une instance relative à la garde des enfants, ou au paiement des frais de leur éducation — les juges devraient avoir le pouvoir d'édicter, en ce qui concerne la femme, les enfants et les intérêts pécuniaires des époux, les mesures estimées indispensables, qu'on ne peut aujourd'hui obtenir que par une séparation de corps ou un divorce. » (*L'épouse et la mère en droit français* dans *Sem. soc. de France*, XIXe session, Nancy, 1927, p. 222, note 3).

Un tel système serait-il satisfaisant ? Nous croyons qu'il ne changerait pas grand' chose à la pratique actuelle des pactes.

parate dans cette organisation légale, que de remettre à la discrétion des époux l'une de ses obligations principales ; qu'en tout cas ce serait jeter la confusion dans les idées, que de déclarer absolument soustraits à la libre autonomie des parties tous les devoirs matrimoniaux, et de faire exception pour l'un d'eux. Il y aurait donc, en réalité, contradiction intime entre la notion d'union conjugale et celle de contrat de séparation. Semblable raisonnement serait-il tout à fait convaincant ; ou bien ne pourrait-on lui répliquer que de toute façon l'institution serait sauve, puisque ce serait encore de la loi que les intéressés tireraient directement le droit de procéder ainsi ? Nous laisserons ce point à la décision des doctes constructeurs de la théorie nouvelle (1), nous contentant de tenir pour certaine la parfaite légitimité, suivant elle, de la rupture amiable munie d'une homologation.

Mais à la vérité cette analyse du mariage, si complètement opposée à celle des législateurs de 1804, est encore loin d'avoir acquis en France définitivement droit de cité. Elle n'est acceptée, en effet, par aucun des auteurs dont les ouvrages classiques jouissent actuellement du plus grand crédit, nous voulons parler, en outre de Baudry-Lacantinerie et de Beudant, de M. Planiol (2) et de MM. Colin et Capitant. La définition que donnent ces derniers est à ce sujet des plus nettes : « Le mariage est le *contrat* civil et solennel par lequel l'homme et la femme s'unis-

(1) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II par Rouast, n° 364 : « Aucune convention passée entre époux ne peut établir valablement entre eux une séparation. Cette solution... résulte... de la nature du mariage qui n'est pas seulement un contrat, mais une institution légale, et dont les effets juridiques sont à la fois contractuels et légaux... Le conjoint ainsi séparé conventionnellement pourra toujours exiger la reprise de la vie commune, parce que le devoir de cohabitation dure toujours. »

(2) *Traité élémentaire de droit civil*, t. I (9e éd. 1922), n° 691 : « Quand on se marie, on se lie juridiquement, on « s'oblige ». Le mariage moderne est un « contrat »... On doit donc dire : le mariage est un contrat par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré. »

N° 692 : « L'idée que le mariage est un contrat est rejetée par beaucoup de gens. Chez la plupart, c'est l'effet d'une préoccupation religieuse. Chez les autres, l'erreur tient à une notion inexacte de la nature des contrats ».

V. infra, citation de Colin et Capitant, cf. Baudry-Lacantinerie, I, p. 162 ; Beudant, I, p. 293 ; également Laurent, *Droit civil international*, t. IV, n° 199.

sent *en vue de vivre en commun*, et de se prêter mutuellement assistance et secours, sous la direction du mari, chef de ménage (1). » N'est-ce pas là en particulier l'affirmation la plus formelle que, par nature, l'obligation de cohabitation est conventionnelle, et par suite la réfutation complète de l'objection soulevée ? On aperçoit, toutefois, chez certains civilistes un essai de conciliation des deux thèses. Il faudrait distinguer suivant eux le mariage-acte et le mariage-état, le caractère du premier étant incontestablement contractuel, tandis que celui du second serait institutionnel (2).

(1) *Cours élémentaire de droit civil*, t. I (4e éd. 1923), p. 113 :

Cf. p. 114 : « Le mariage est, disons-nous, un contrat. D'une part, en effet, il résulte d'un accord de volontés. D'autre part, il produit des obligations. N'est-ce pas là précisément la conception classique du contrat ?... La volonté autonome des parties ne peut en régler librement les effets, en décider la dissolution, y introduire des modalités, comme elle le peut dans les contrats intéressant le patrimoine... Mais il n'y a rien là qui soit entièrement exclusif de l'idée d'un contrat. Dans toute opération juridique, le rôle de la volonté humaine a pour limite l'intérêt général, l'ordre public... Le mariage offre encore ceci de spécial qu'il crée un *état*... *l'adoption*, elle aussi, est constitutive d'un état nouveau. Contestera-t-on le caractère contractuel qu'elle présente certainement dans notre droit. »

L'attitude des plus grands canonistes est identique. Gasparri, en particulier, s'élève vigoureusement contre toute théorie qui prétendrait rendre compte du mariage, au point de vue civil, autrement que par un contrat, *op. cit.* (3e éd. 1904), t. I, p. 3.

V. l'exposé critique donné sur cette question par M. Le Bras, *Dict. de théol. cath.*, v° *Mariage*, col. 2290 s. : ouvrage où le mariage est ainsi défini par L. Godefroy : « L'acte qui constitue l'état de mariage, peut se définir, pour les non baptisés : un *contrat par lequel un homme et une femme* se donnent légitimement l'un à l'autre le droit d'accomplir les actes nécessaires à la procréation et à l'éducation des enfants, et *s'obligent à la vie commune*. Pour les baptisés c'est ce même contrat élevé par le Christ à la dignité de sacrement et produisant la grâce. » (col. 2044).

(2) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II par Rouast, p. 65 : « ... s'il est vrai que le mariage est autre chose qu'un contrat, il ne faut pas oublier qu'il est aussi un contrat... Si la doctrine du xixe siècle n'a pas assez mis en lumière son caractère institutionnel, il ne faut pas, par une réaction exagérée, oublier son caractère contractuel... La seule conception qui réponde à la réalité des choses est une conception mixte : le mariage est un acte complexe, à la fois contrat et institution, de même que dans notre ancien droit, il était considéré par nos anciens auteurs comme étant à la fois un contrat et un sacrement. »

Cf. P. Cuche, *loc. cit.*, p. 294 : « Je ne crois pas que l'on trouve à l'heure actuelle dans le monde des juristes, un seul défenseur du mariage, envisagé comme situation contractuelle. Tous s'accordent à y reconnaître une situation institutionnelle qui prend naissance, mais naissance seulement, dans un contrat, ce qui est fort différent. »

Mais M. Bonneca se répudie avec force ce compromis (1).

A notre sens, sans s'attacher à une systématisation absolue, artificielle forcément par certains côtés, car la vie, même juridique, ne se laisse pas emprisonner dans des concepts (2). — Saint Thomas ne se contentait-il pas de dire du mariage : « fit ad modum obligationis in contractibus materialibus (3) » — il convient peut-être de distinguer parmi les différentes obligations qui forment le statut des époux. Pour certaines d'entre elles, nous admettrions volontiers qu'elles sont proprement légales ; car elles ne font vraiment de la part des parties au moment de leur union l'objet d'aucune stipulation, même tacite. L'adhésion donnée par elles aux textes qui leur sont lus par l'officier de l'état-civil étant purement fictive. Mais pour d'autres, à tout le moins pour une, et c'est précisément celle de cohabitation, le caractère proprement consensuel nous semble incontestable. Quand deux personnes, en effet, décident de se lier par mariage, dans les formes prévues par le code, leurs deux volontés concourent en réalité toujours au même but, qui est d'unir leur existence dans l'intimité d'un foyer. Ce n'est pas parce que la loi le leur impose qu'elles cohabitent désormais, mais bien et uniquement parce qu'elles l'ont voulu, et qu'elles s'y sont mutuellement engagées. Oserait-on le nier ? Concevrait-on vraiment un mariage où les époux en le formant n'auraient pas eu en vue de changer de *modus vivendi* ? Une telle association mériterait-elle encore ce nom ? Ce n'est pas, par ailleurs, parce que le droit, pour des motifs d'ordre public, interdit de soumettre cette promesse réciproque à un terme ou à une condition, qu'elle perd pour autant sa nature. Au contraire, pour les autres effets du « contrat » on ne saurait prétendre qu'ils sont toujours voulus par les « contractants » ; ils leurs sont plus exactement imposés à raison de ce qu'ils veulent vivre ensemble.

Sans doute la cohabitation n'est-elle pas tout le mariage, mais sa cessation a-t-elle donc pour résultat de le dissoudre ?

(1) *Supplément au Traité de Droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. IV (1928), p. 658 s.

(2) E. Boutroux : « C'est aux concepts de s'adapter à la vie, et non à la vie de céder la place aux concepts. » (Cité par Larnaude dans *Les Méthodes juridiques*, 1911, p. 30).

(3) *In IV Sent.*, dist. XXVII, quest. I, a 2.

Les parties se sont, en somme, accordées l'une à l'autre le pouvoir d'exiger la vie commune, elles doivent être en principe libres de renoncer à l'exercer ; l'ordre social n'étant pas menacé par cet acte.

Le devoir que nous envisageons est si bien par essence contractuel que lorsqu'est intervenue entre les conjoints une séparation judiciaire qui l'a anéanti, il ne peut renaître que par une nouvelle entente, pour laquelle aucune forme même n'est alors requise. Peut-on nier dans ces conditions qu'à partir de la réconciliation l'obligation de cohabiter soit conventionnelle ; pourquoi donc ne le serait-elle pas dès auparavant ? On ne voit pas quelle raison mystérieuse ferait place au « pacte » au moment de l'apaisement, mais par contre l'excluerait lors de la discorde. Qu'on n'invoque pas une question d'état, car elle se pose dans les mêmes termes dans les deux hypothèses.

Par conséquent, si l'on admet avec la doctrine dominante que le mariage dans son ensemble est un contrat, aucun obstacle ne s'opposera sur le plan des principes, à l'admission des accords de séparation ; si, au contraire, on lui refuse ce caractère à raison des obligations légales qu'il engendre, on reconnaîtra cependant que celle de cohabitation résulte bien de la volonté des époux, et par suite qu'elle doit pouvoir être suspendue par consentement mutuel.

Enfin, abordant le problème sous son angle philosophique, on objectera certainement qu'admettre la séparation par consentement mutuel, serait consacrer le triomphe de l'individualisme (1). Or cette accusation, si elle était fondée, serait impressionnante ; car chacun sait que cette doctrine par ses abus est responsable de la destruction de la famille par les lois révolutionnaires, et qu'elle est de nos jours à la base de toutes les revendications les plus audacieuses, prétendant justifier l'union libre et la répudiation. Elle a pour point de départ ce dogme que chaque être a un droit absolu au bonheur quoi qu'il arrive, et elle enseigne que toutes les contraintes, sociales et morales, qui empêchent sa réalisation sont des chaînes d'esclavage qu'il

(1) V. Le Picard, *op. cit.*, p. 152 s.

faut briser ; ainsi le lien de mariage quand celui-ci a cessé d'être une source de plaisir. Transposée en termes juridiques elle peut se traduire ainsi : la source et la mesure de toute obligation, c'est le consentement exprès, tacite ou présumé de l'obligé.

Cette théorie exprimée sous sa forme absolue est malfaisante et fausse, est-il besoin après tant d'autres d'en reprendre la démonstration ? Empruntons seulement ces quelques lignes, relatives à la matière qui nous occupe, au grand sociologue Durkheim : « Au moment où les enfants sont nés... la physionomie du mariage change totalement d'aspect. Le couple conjugal cesse alors d'être à lui-même sa propre fin, pour devenir un moyen, en vue d'une fin qui lui est supérieure ; cette fin, c'est la famille qu'il a fondée et dont il a désormais la responsabilité. Chaque époux est devenu fonctionnaire de la société domestique, chargé comme tel d'en assurer pour sa part le bon fonctionnement. Or de ce devoir, ni le mari ni la femme ne peuvent plus se libérer à leur fantaisie, par la seule raison que le mariage ne leur procure pas, ou ne leur procure plus, les satisfactions qu'ils en attendaient. Ils se doivent à d'autres qu'à eux-mêmes (1). »

Par conséquent, la vraie finalité du mariage ce n'est pas le bonheur individuel, quoiqu'il soit légitime et louable d'y tendre, mais bien l'accomplissement d'un devoir ; celui-ci étant d'ailleurs le plus souvent la condition d'existence du premier. C'est là une vérité qu'il ne convient pas d'oublier.

Avons-nous donc perdu de vue ces principes, en proposant d'introduire dans la loi un mode consensuel de séparation conjugale ? Nous sommes-nous, ce faisant, seulement préoccupé de l'intérêt des parties, méconnaissant ceux de la famille et de la société ? Notre défense sur ce point est aisée, car, tous les développements précédents en témoignent, nous avons eu souci de ces derniers autant que du premier, nous assurant de leur parfaite concordance avec lui. La sauvegarde d'une réconciliation possible, l'absence de déshonneur et de scandale, la lutte contre la dissolution trop facile du mariage, ne sont-elles pas les considérations capitales qui nous ont déterminé à l'accueillir, en

(1) *Revue bleue*, 5 mai 1906.

outre de sa nécessité ? Or, peut-on sans abus parler d'individualisme, là où l'utilité sociale est conforme aux aspirations particulières des individus ?

En outre, on peut reprocher certes au divorce par consentement mutuel d'être l'instrument d'un bonheur injuste, c'est-à-dire acquis au mépris du devoir, en tant que brisant un foyer il permet d'en édifier un autre ou même deux sur ses ruines. Mais la séparation ? Comment pourrait-on lui faire le même reproche, à elle qui ne met à la place de la vie commune, que la solitude peuplée du regret des joies disparues ? Non, cette institution n'a pas un caractère hédonistique, elle est envisagée sans plaisir par ceux qui sont contraints d'y recourir, en soi elle est un mal, mais toutefois, et c'est sa raison d'être, un mal moindre que celui auquel elle sert de remède. Elle ne saurait donc en aucune façon, même obtenue amiablement, être le produit de cet individualisme anarchique qui ne respecte pas les chaînes qui blessent, mais les rompt.

* * *

Nous sommes ainsi amené, puisque la notion même de pacte n'est pas, en soi, contraire à quelque principe supérieur du Droit, à examiner à leur tour les critiques qui lui sont adressées sur la base de ses résultats probables.

D'une façon générale, les adversaires du projet étudié s'écrieront, peut-être pour justifier leur appel à la notion d'ordre public : accorder aux époux la faculté de s'éloigner l'un de l'autre à l'amiable, mais ce serait ouvrir la voie à toutes les licences et à tous les abus.

C'est pour déterminer expérimentalement la valeur de cette objection trop facile, que nous avons étudié l'application des lois étrangères qui proclament une règle contraire à celle de notre Code civil. Or la leçon de ces exposés ne laisse pas place au doute, la séparation consensuelle n'est en aucune façon plus dangereuse que ne l'est la séparation contentieuse. Certes son usage est courant en Italie, puisque le nombre annuel des homologations dépasse largement celui des jugements ; de même il est tout à fait général en Angleterre, l'abondance de la jurispru-

dence que nous avons citée suffit à le démontrer. Eh bien, chez quel auteur avons-nous lu des reproches lui imputant, en fait, des résultats regrettables ? Quelle proposition avons-nous rencontrée tendant à la faire abolir ? Ne sont-ce pas au contraire les Accords de Latran, qui viennent de lui donner officiellement l'approbation de l'Eglise ? A la vérité, cependant, il nous faut ici l'avouer, une exception fait tache dans cette unanimité remarquable ; un civiliste jouissant d'une grande autorité a porté sur la « séparazione consensuale » une appréciation très sévère. Le nom de cet esprit original ? Théophile Huc. Seul, en effet, un Français a pu prendre cette attitude (1).

Nous serions en droit d'en rester là, car les tenants de l'opinion adverse auraient vraiment mauvaise grâce d'insister à l'encontre du témoignage formel des faits. Pourquoi devrait-il en aller en France autrement sur ce point que chez les peuples voisins ? C'est, en effet, ce qu'ils seraient impuissants à montrer. Si l'Angleterre ignore l'immutabilité des conventions matrimoniales, l'Italie ne connaît-elle pas au contraire une règle identique à la nôtre ? Si le Code Italien proclame l'indissolubilité absolue du mariage, la loi anglaise ne réglemente-t-elle pas comme la nôtre, le divorce et la séparation contentieuse ? Si enfin les habitudes italiennes sont fidèles au régime dotal, si la Grande-Bretagne, d'autre part, après avoir pratiqué l'union la plus étroite des patrimoines, vit aujourd'hui sous un régime de séparation de biens absolu, l'Ecosse n'est-elle pas comme la France un pays de communauté ?

Mais ce n'est pas tout. Point n'est besoin de passer les frontières, pour soumettre au contrôle irrécusable de l'expérience, la proposition dont nous dénions l'exactitude. La séparation consensuelle fonctionne en France, en marge de la loi, nous en avons donné les preuves plus haut. Peut-être les conjoints

(1) Huc, Orsier, *Le code civil italien et le code Napoléon*, I, p. 83. Cette opinion a d'ailleurs facilement trouvé écho en France, v. supra, Massol, *De la séparation de corps*, passage cité *in fine*, III[e] Part., ch. I. note 30.

V. toutefois en sens contraire : Gide, *De la législation civile du nouveau Royaume d'Italie* (*N. R. H.*, XII, p. 411).

Et dire que loin d'être abrogée la disposition dont s'agit vient de recevoir une consécration nouvelle de la part du Saint-Siège, dans le récent Concordat conclu entre l'Etat et l'Eglise.

vivant à part l'un de l'autre, sans avoir obtenu jugement, sont-ils même plus nombreux que les autres. Or, les différencie-t-on de ceux-ci dans le monde ? Les accuse-t-on d'avoir une existence moins digne, une conduite moins sérieuse ? Vraiment il serait osé de le soutenir. En fait, la confusion est si fréquente que, le plus souvent, ce n'est qu'après de longues années de relations, qu'on apprend par hasard que telle personne, qu'on croyait pourvue d'un statut valable, n'était pas en règle avec la loi.

Il ne se produira donc pas d'abus, car ces prétendus abus tant redoutés ils existent déjà... et on ne peut les saisir.

On ne se fera pas faute il est vrai, de répliquer, que la situation actuelle ne peut pas être regardée comme l'image de celle qui suivra la consécration juridique de l'institution. Mais pourquoi les conjoints auraient-ils alors plus de charme à abandonner sans motifs le bonheur du foyer ? La chose dépasse l'entendement.

Un seul élément distinguera peut-être le futur du présent, c'est l'adjonction possible à la suspension de la vie commune d'une séparation de biens. Nous disons « peut-être » car la réforme, bien que selon nous souhaitable, n'apparaît pas fatale, les pactes matrimoniaux n'étant pas toujours annulés dans ce cas en Italie, ni en Grande-Bretagne. Mais à supposer même que les effets pécuniaires soient prévus identiques pour les deux modes amiable et judiciaire, ne sera-t-il pas possible de mettre obstacle aux tentatives de fraude ? Ce ne sera là croyons-nous qu'une question d'organisation. Il sera bon à ce sujet de prescrire une publicité, peut-être même d'exiger une instance tout à fait distincte autorisant les créanciers à intervenir, s'il ne semble pas suffisant de faire jouer le remède du droit commun qui est l'action Paulienne. De toutes façons, il n'y aura pas là empêchement de nature à faire renoncer au principe proposé.

* * *

Ainsi, tandis que les raisons qui légitiment la reconnaissance légale des pactes de séparation amiable sont les plus fortes qui soient concevables, les critiques et les craintes qui malgré tout

peuvent être formulées contre elle, — toutes les institutions humaines ne sont-elles pas par essence imparfaites ? — ne résistent pas à un examen débordant le domaine étroit des raisonnements *a priori*, pour puiser dans les siècles passés et les législations des autres peuples les leçons irrécusables de l'expérience. Il ne convient donc plus de s'arrêter aux affirmations sans valeur qui jusqu'ici ont exercé une influence injuste sur les rédacteurs de la loi et sur ses interprètes, mais au contraire de proclamer la nécessité d'une réforme, qui constituera pour notre Droit, une amélioration certaine et bienfaisante.

A la vérité, l'évolution des idées sous ce rapport n'est-elle pas déjà commencée ? La chose apparaît certaine. N'est-ce pas M. Planiol qui constate, sans y voir de menace pour l'avenir, que : « les séparations amiables gagnent du terrain et seront peut-être un jour validées » (1). De leur côté, MM. Colin et Capitant, allant encore plus loin, n'écrivent-ils pas en propres termes : « On ne voit pas... quel est le motif d'ordre public qui s'oppose à la légalité d'une convention amiable de séparation... Certaines législations qui permettent la séparation amiable ne semblent pas s'en mal trouver (2). » Enfin le législateur n'est-il pas entré, lui-même, dans cette voie, en disposant dans la codification récente des textes fiscaux que : « tout contribuable peut réclamer des impositions distinctes : pour sa femme, lorsqu'elle est séparée de biens et *ne vit pas avec lui* (3). »

(1) *Op. cit.*, I (6e éd.), nº 1302.
(2) *Op. cit.*, I (4e éd.), p. 242.
Adde : L. Hugueney, *note* sous Paris, 8 février 1912 (S. 14.2.209) où l'auteur parle de « cette prohibition des séparations amiables dont la valeur en législation est à tout le moins contestable ».
(3) *Décret portant codification des textes législatifs concernant l'assiette des impôts sur les revenus* (*J.O.*, 24 octobre 1926), tit. VI, *Impôt général sur le revenu*, sect. I, art. 73).

CHAPITRE II

PRINCIPES D'ORGANISATION

Suffira-t-il pour réaliser la réforme, dont nous venons de justifier la légitimité, d'effacer de nos lois l'article 307 tant de fois incriminé ? Ou bien suffira-t-il de le remplacer par cette règle contraire : « La séparation de corps pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux », ou cette autre : « La séparation par consentement mutuel ne pourra avoir lieu sans l'homologation du tribunal » ?

A première vue, cette simple mesure pourrait sembler satisfaisante, puisque l'institution existe déjà dans les mœurs, et ne paraît attendre qu'une reconnaissance régulière. Mais en réalité, il n'y a là qu'une apparence, car, dépourvue de tout effet valable, elle ne répond actuellement à aucune des questions que ne manquera pas de soulever son fonctionnement normal. Il faudra donc nécessairement la pourvoir d'une réglementation, la faisant entrer dans l'ensemble du système juridique français (1).

A dire vrai, il n'existe ni en Angleterre, ni en Italie, de dispositions détaillées de cet ordre dues au législateur. Cette organisa-

(1) Voici à titre documentaire les textes que LAURENT proposait d'introduire dans le Code Napoléon (*Avant-projet de révision du Code civil*, t. II, sect. II, *De la séparation volontaire*, pp. 69 et s.).

ART. 269. — Les époux ne sont admis à demander la séparation de corps par consentement mutuel qu'après deux ans de mariage.

Le code de procédure civile règlera les formes de la demande.

ART. 270. — Les époux soumettront à l'homologation du tribunal leurs conventions sur les points suivants :

la garde et l'éducation des enfants nés de leur union pendant l'instance et après le jugement,

la pension alimentaire qui doit être payée à l'époux qui est dans le besoin, pendant l'instance et après le jugement,

le règlement de leurs droits respectifs sur les biens. Les créanciers des époux seront mis en cause dans l'instance.

ART. 271. — Les articles 258, 259, 262, 263 et 266-1° sont applicables à la séparation de corps par consentement mutuel.

ART. 258. — La séparation de corps est prononcée par l'officier d'état civil.

tion est l'œuvre presque exclusive de la jurisprudence. Par suite il pourra en aller de même en France, si, le cas échéant, le Parlement juge bon de s'en remettre à elle du soin de l'édifier, préférant une élaboration empirique à une construction scientifique. Les deux modes ont chacun leurs avantages propres et leurs inconvénients. Mais c'est là un aspect du problème qui ne nous retiendra pas ; l'important surtout d'une règle de droit étant son contenu et non son origine.

Nous allons donc tenter de dégager, en quelques pages, les solutions qui deviendront possibles ou souhaitables, si un jour l'idée que nous croyons bonne finit par triompher de l'hostilité ou de l'indifférence des juristes. Est-il besoin que nous nous défendions, ce faisant, de viser à dicter la loi au législateur ? De telles ambitions sont, certes, bien loin de notre pensée ; d'ailleurs la certitude de notre insuffisance, et le sentiment de leur vanité, ne seraient-ils pas de nature à nous les faire abandonner bien vite ? Notre intention est beaucoup plus modeste, elle se propose seulement, par la comparaison dans leurs grandes lignes des deux systèmes qui ont été décrits, d'en déterminer les mérites respectifs, et, par là, l'aptitude à être adoptés chez nous.

§ 1. — DE LA FORMATION ET DES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU PACTE

Nous avons intitulé cette trop longue étude : des pactes de séparation amiable entre époux, voulant ainsi mettre en lu-

Art. 259. — La publicité prescrite par l'article 232 sera observée pour la séparation de corps.

Art. 262 (question de nationalité et naturalisation).

Art. 263 (reproduit l'art. 303 du Code Napoléon).

Art. 266-1°. — La séparation de corps emporte séparation de biens.

Art. 272. — Les époux peuvent rétablir la vie commune comme il est dit en l'art. 267, avec l'effet qui y est attaché par le premier alinéa de l'art. 268.

Art. 267. — Les époux peuvent mettre fin à la séparation de corps, en rétablissant la vie commune ; ils feront à cet effet, une déclaration devant l'officier de l'état civil, qui en dressera acte sur le registre des mariages conformément à l'art. 82. Cette déclaration sera rendue publique dans les formes prescrites par l'art. 232. »

On peut se reporter également aux dispositions étrangères que nous avons reproduites *supra*, p. 172.s.

mière l'élément essentiel, le seul même qui soit indispensable, à la formation desdites séparations. Tout éloignement, en effet, consenti à la fois par les deux conjoints, suppose l'existence d'un accord préalable, et à défaut duquel il ne serait pas amiable ; mais en réalité il ne suppose nécessairement rien de plus. Ce qui ne veut pas dire qu'il doive forcément se réduire à celà. Le mariage n'apparaît-il pas lui aussi, dans la nature des choses, comme ne requérant pour sa conclusion qu'un double consentement, principe que le Droit Canon a très longtemps fait sien ? Cela empêche-t-il aujourd'hui l'Eglise et la Société de soumettre chacune cette conclusion à un mode formaliste, transformant ainsi, pour la garantie de leur intérêt légitime, cet acte consensuel en acte solennel ? Rien ne s'opposera donc, si le même intérêt se retrouve en notre matière, d'adjoindre à l'entente des parties telle homologation de la puissance publique, ou de l'autorité religieuse, qu'il appartiendra. Cette suspension de la vie commune, de même que la création de l'union conjugale, n'en restera pas moins fondée sur un concours de volontés, c'est-à-dire sur un pacte.

Pacte consensuel, pacte solennel, ou même pacte judiciaire, tels sont les modes de formation qui semblent possibles aux termes des exposés précédents. Lequel est préférable ?

La solution de cette question peut être cherchée par deux voies différentes : par la simple considération pratique des besoins et des faits, ou par l'analyse et le raisonnement scientifiques.

Plaçons-nous d'abord au premier point de vue.

Il s'agit en somme de consacrer la validité d'un usage déjà répandu dans les mœurs, et de le faire entrer dans notre système juridique régulier. Cet usage, bien entendu, ne joue que par le moyen du premier mode, puisque l'instrument du second est l'acte notarié, et celui du troisième la décision gracieuse, et que, d'une part, en l'état actuel de la loi, les notaires engageraient leur responsabilité s'ils lui prêtaient officiellement leur concours, et d'autre part, les juges usurperaient la fonction du législateur, s'ils se reconnaissaient, au mépris du Code, une telle fonction. L'attitude la plus simple serait donc de s'en tenir là, et de sanctionner les conventions, telles qu'elles sont actuellement conclues. Au surplus, rien n'empêcherait dès lors les

parties de se procurer les avantages particuliers des titres notariés ; cette formalité demeurant facultative.

La chose est-elle possible ? Evidemment oui, puisque c'est là précisément la conception qui est admise en Angleterre depuis longtemps, et qu'elle n'y suscite pas de critique.

Les avantages de cette admission large seraient nombreux et importants : les frais seraient réduits au minimum, la gêne qu'entraîne tout formalisme serait écartée, la plupart des cas de nullité seraient de ce fait supprimés, enfin l'intervention forcée des tiers, toujours pénible en ces circonstances, et l'obligation d'établir un bilan des reproches réciproques, périlleuse pour le succès de l'entente, seraient de la sorte évitées. En un mot, ce libéralisme de la loi favoriserait au maximum le développement de cette mesure, si précieuse pour tous, aux dépens de la séparation contentieuse et du divorce. Par contre, ne présenterait-elle pas des inconvénients susceptibles de balancer lesdits avantages ? En ce qui concerne la famille et la Société, on pourrait redouter qu'une telle facilité ne permît des ruptures inconsidérées, causées par des motifs peu graves ou peu durables. Au regard des époux eux-mêmes, on pourrait exprimer la crainte qu'elle ne rendît possible des manœuvres d'intimidation et de contrainte de l'un vis-à-vis de l'autre, afin d'obtenir un consentement hésitant ou refusé, sur l'une des dispositions du contrat ou même sur son principe. Enfin à l'égard des tiers, on pourrait appréhender qu'elle ne provoquât des simulations destinées à faire fraude à leurs droits.

Qu'y a-t-il lieu de penser de la gravité de ces divers griefs ?

On peut tenir pour assuré qu'ils sont en une certaine mesure fondés ; mais ils ne sont pas néanmoins sans réponse. L'expérience britannique n'est-elle pas là pour le prouver ? S'il arrivait que quelques pactes ne correspondissent point à une désunion réelle et profonde, il n'y aurait pas lieu de s'en alarmer davantage que des actuelles séparations de fait qui se produisent dans les mêmes circonstances ; car ils seraient comme elles éphémères, et n'entraîneraient aucun effet irréparable. Si dans quelques cas le consentement de l'un des conjoints n'était pas donné librement, celui-ci ne serait-il pas admis à s'en plaindre en justice, pour justifier son refus de l'observer, et à établir le

dol, l'erreur ou la violence ? Enfin, si des créanciers se trouvaient frauduleusement lésés, n'auraient-ils pas à leur disposition la protection de l'action Paulienne ? Tous les contrats, en réalité, peuvent entraîner les abus qui sont ici envisagés, et les moyens du droit commun suffisent à les réprimer. Bien entendu une publicité relative au régime des biens devrait être assurée.

Par ailleurs, rien ne s'opposerait à l'adoption des conditions de validité élaborées Outre-Manche par la jurisprudence, ainsi l'exigence que l'habitation distincte des parties soit immédiate et effective. Rien n'empêcherait même le législateur ou le juge, si certains invoquaient le développement des mauvaises mœurs, d'imposer ou de présumer l'insertion de la clause « dum casta », retirant à l'époux adultère tout droit au bénéfice du pacte.

En somme, la reconnaissance du mode purement consensuel ne serait pas de nature, des conditions de fond judicieuses étant édictées, à troubler en quoi que ce soit l'ordre public, par sa facilité, d'autre part si utile.

Quels seraient, par rapport à ce système, les avantages et les inconvénients de l'acte notarié, c'est-à-dire du mode solennel ?

L'intervention forcée d'un notaire, qui se transformerait le plus souvent en celle des deux notaires des familles du mari et de la femme, serait incontestablement précieuse à certains égards. Ce qui déjà l'affirme, c'est le rôle officieux qu'ils sont appelés à jouer dans la confection de beaucoup de pactes aujourd'hui illicites.

La liquidation complète, ou partielle, d'un régime matrimonial ayant fonctionné quelque temps, est une besogne délicate qui ne saurait se faire convenablement sans des connaissances juridiques spéciales. Or, telle est l'importance de cette mesure accessoire, à la fois pour les époux et pour les tiers, qu'à elle seule elle pourrait fonder l'obligation légale de recourir à des praticiens ? Toutefois la raison ne vaudrait que pour les gens ayant un patrimoine, à supposer d'ailleurs que la réforme autorisât cette exception à la règle d'immutabilité.

Mais en outre, la solennité du contrat appellerait davantage l'attention des parties sur sa gravité réelle ; sa nécessité serait plus sûre, car l'officier ministériel ne manquerait pas de tenter

discrètement une ultime chance de réconciliation de ses clients. L'autonomie des volontés serait mieux assurée, car la contrainte ne pourrait guère s'exercer publiquement. Enfin, l'équité même des engagements et des concessions réciproques serait mieux observée, car chacun des conseils des conjoints ne se ferait pas faute d'y veiller. Par ailleurs la publicité serait plus diligemment effectuée.

En regard de ces bénéfices, quels reproches peut-on faire à ce second système ? L'acte serait plus coûteux, sans cependant qu'il faille voir là un empêchement possible ; peut-être apparaîtrait-il moins aisément accessible, et cependant il dispenserait les époux de sa rédaction ; et c'est tout, semble-t-il. Aussi bien, le « deed » quoique non obligatoire, n'est-il pas d'un usage absolument courant en Angleterre, pour la constatation des accords que nous étudions ?

Par conséquent le mode solennel, sur le vu de ces considérations, nous semblerait préférable au mode purement consensuel. Mais une organisation mixte serait également concevable ; l'observation du formalisme n'étant, par exemple, requise que pour la validité des séparations comportant une liquidation pécuniaire ; les autres, au contraire, celle des ménages sans fortune, restant licites par simple entente. Cette dernière conception correspondrait, croyons-nous, aux aspirations véritables des intéressés, telles qu'elles se font jour dans la pratique actuelle.

Nous arrivons en troisième lieu à la question de l'homologation judiciaire, qui constitue la caractéristique du Droit Italien. Il n'est pas niable que l'intervention de magistrats, investis par la loi d'une mission d'apaisement et de contrôle, semble une garantie plus efficace, pour la sauvegarde de tous les intérêts en jeu, que celle de simples notaires. L'autorité du Président conciliateur serait plus convaincante ; sa méfiance à l'égard des fraudes serait plus en éveil ; son souci serait plus vif de maintenir l'équité entre les obligations réciproques. Cependant, serait-il bien armé, en l'absence de toute enquête et de toute preuve, pour remplir utilement son rôle ? Il est permis d'émettre à ce sujet des doutes.

Mais par contre, la nécessité d'une procédure et d'un juge-

ment même gracieux, c'est-à-dire sans information contradictoire ni débats, ne serait-elle pas de nature par ses frais, et malgré toute sa complication, à éloigner beaucoup d'époux qui trouveraient plus simple de s'en tenir à une séparation amiable de pur fait, ou moins intéressant de renoncer à la voie contentieuse, ou même au divorce, tout d'abord élue par l'un d'eux ? La question mérite attention. Stolfi ne nous apprend-il pas, que malgré l'existence de cette institution en Italie, les ruptures purement privées y sont restées en vigueur dans les mœurs. N'en va-t-il pas de même en Autriche ? En somme, si l'on met en balance les avantages et les inconvénients de ce système, il semble bien que ces derniers l'emportent. Ainsi la statistique démontre que chaque année plus de 99 % des requêtes sont accueillies au delà des Alpes. Les chiffres les plus récents que nous avons cités sont les suivants : en 1917 ont été prononcées 2 décisions de rejet, contre 480 d'homologation ; et en 1916, 1 contre 464. De leur côté les réconciliations sont fort peu nombreuses, et l'on peut supposer qu'elles ne manqueraient pas non plus de se produire, seulement un peu plus tard, en dehors de cette organisation. Un aussi maigre résultat vaut-il ce supplément de formalisme ?

On pourrait objecter, il est vrai, que l'extrême rareté des refus de ratification ne prouve pas l'inutilité de la mesure, les magistrats ayant le droit au lieu de les annuler, d'introduire dans les pactes les modifications leur semblant nécessaires. Cette observation n'est certainement pas sans valeur. Néanmoins on ne doit pas oublier que l'existence dans ces sortes de contrats de clauses « léonines » sera le plus souvent parfaitement légitime, constituant une juste peine à l'égard du coupable, et le prix du silence (1).

Or, comment le Président pourra-t-il vérifier si le sacrifice consenti par ce dernier est trop lourd, alors qu'il sera privé d'éléments d'appréciation valables sur l'étendue de sa responsabilité ?

(1) Cf. TRONCHET, Procès-verbal du 14 Nivôse an X : « Quelquefois même la lésion que la femme éprouve est juste, parce qu'elle est le prix du silence qu'on a gardé sur les causes scandaleuses du divorce » (cité par LOCRÉ, *op. cit.*, t. IV, p. 394).

N'est-on pas alors en droit de conclure, sur le terrain où nous nous sommes placés, que la procédure judiciaire risque le plus souvent de n'être pratiquement qu'une gêne.

* * *

Si maintenant on aborde le problème sur le plan théorique, on doit prendre pour point de départ de tout raisonnement l'analyse juridique du devoir conjugal de cohabitation, dont la séparation a pour fin essentielle de suspendre l'exécution. Or, cette matière fait, nous le savons, l'objet d'une controverse. Par conséquent, le résultat de cette seconde recherche n'aura pas la sûreté de la conclusion fournie par la première.

Pour les uns, et ce sont encore aujourd'hui les plus nombreux et les plus influents, le double consentement donné par les parties, décidant de s'unir par mariage, est bien à lui seul le fondement véritable du lien matrimonial et de ses effets. Si la loi contrôle et réglemente, il est vrai, ces derniers dans l'intérêt de la société, parce que de toute union naît une famille nouvelle, et que l'ordre public est intéressé à son existence, ils n'en demeurent pas moins par nature contractuels. De cette conception résulte donc que chacun des trois modes précédents est licite ; le choix entre eux se ramenant en somme à l'examen des éléments concrets que nous venons d'envisager. Peut-être cependant, celui s'effectuant par acte solennel semblerait-il mieux respecter la règle du parallélisme entre la formation et l'extinction des obligations.

Pour les autres, au contraire, pour qui le mariage est une institution naissant d'un acte-condition, ses effets sont purement légaux, c'est-à-dire semblent devoir rester soustraits à toute manifestation de volonté des époux comme telle. Par suite le mode judiciaire gracieux paraît le seul conforme à sa nature. Cette solution est d'ailleurs corroborée par cette remarque, que s'il est vrai qu'en déclarant les fiancés conjoints selon la loi, l'officier d'état-civil ne joue pas seulement le rôle d'un témoin nécessaire mais représente vraiment la Société comme partie à l'acte, il est alors indispensable, pour la suspension de l'un quelconque de ses effets, que ladite partie inter-

vienne elle aussi pour y donner son consentement ; ce que précisément fait le juge en accordant ou refusant son homologation.

En résumé, à s'en tenir aux exigences des faits, et aux données de l'analyse traditionnelle des obligations conjugales, encore en faveur chez les plus grands civilistes et canonistes, la séparation amiable semblerait pouvoir se réaliser valablement par le moyen d'un pacte solennel, c'est-à-dire constatée par un officier public, ayant mission de s'assurer de l'observation des conditions de validité édictées par la loi.

§ 2. — DES EFFETS DU PACTE ET DU POUVOIR DE RÉVISION DU TRIBUNAL

Les conséquences de la séparation consensuelle seront, en ce qui concerne les personnes, presque forcément identiques à celles de la séparation contentieuse ; la comparaison des législations étrangères suffit à la montrer. Mais à l'égard des biens, elles seront d'une façon générale réglées par l'entente des parties. Ce principe apparemment simple, soulève en réalité des problèmes nombreux et délicats.

Tous les auteurs qui proclament que le mariage est un contrat conclu entre le mari et la femme, sont unanimes à enseigner que ses effets ne sauraient être purement et simplement ceux d'une convention, sans compromettre gravement l'ordre public. La Société a donc ici le droit d'imposer des limites à l'autonomie des volontés individuelles. Or la solution paraît devoir être semblable à l'égard des pactes de séparation, puisque les idées mises en jeu sont les mêmes.

Dans quelle mesure, par conséquent, les conjoints seront-ils libres d'organiser eux-mêmes leur nouvelle situation matrimoniale ? Jusqu'à quel point dans ce domaine leurs décisions seront-elles souveraines ? Dans quelle mesure, au contraire, un statut leur sera-t-il imposé par la loi ? Telles sont les principales questions qui ne manqueront pas de retenir l'attention du législateur, ou du juge, si la réforme proposée se trouve un jour réalisée.

Actuellement, lorsqu'une séparation contentieuse intervient entre deux époux, l'état qu'elle procure à chacun résulte à la

fois du code et du jugement. Ainsi la capacité de la femme dépend uniquement du premier, la pension par contre, est fixée par le second. Ne serait-on pas tenté, en ce qui concerne les « pactes », de se borner à transposer, les règles existantes, en remettant aux parties elles-mêmes les prérogatives qui, dans la procédure judiciaire, sont confiées aux magistrats ? La solution serait, en effet, séduisante par sa simplicité ; mais elle ne serait pas, croyons-nous, absolument satisfaisante.

Sans doute y aura-t-il lieu, si l'on se propose vraiment de créer une institution viable, et surtout de susciter au divorce, et même à la séparation convertible qui parfois le précède, une concurrence efficace, de pourvoir ladite institution des mêmes avantages que possède cette dernière, par exemple, d'accorder également à l'épouse la pleine capacité civile. Plus spécialement, en ce qui concerne les déchéances qui dans la procédure contentieuse sont prévues contre le coupable, puisqu'en l'absence de responsabilité établie elles ne sauraient plus jouer de plein droit, il conviendrait alors de les laisser à la libre détermination des parties ; leur étant loisible d'y recourir ou non, car elles seules seraient qualifiées pour en apprécier le bien fondé. Mais il serait néanmoins maladroit d'aller aveuglément jusqu'à une assimilation complète des effets des deux mesures, car la réglementation en vigueur présente des défauts qu'il vaudrait mieux ne pas reproduire.

C'est ainsi qu'aux termes de l'article 311-2° du Code civil « la séparation de corps emporte toujours la séparation de biens ». Or, les statistiques nous l'ont appris, cette disposition a pour conséquence imprévue d'éloigner les maris de former une demande à cette fin en justice, les incitant à se contenter d'un simple éloignement de fait. Ce serait donc exposer volontairement la loi nouvelle à un insuccès, que de recommencer la même erreur. La séparation de biens a pour résultat de priver l'époux de prérogatives et de droits importants, par suite elle constitue pratiquement à son encontre une sanction. Ne convient-il pas dans ces conditions de la comprendre au nombre des déchéances frappant seulement le conjoint fautif, c'est-à-dire de s'en remettre à ce sujet à la décision des parties, suivant le principe précédemment posé. Ce serait là, selon nous, une règle

indispensable ; une rente, ou la restitution d'une partie seulement de ses biens, pouvant suffire à assurer la vie séparée de la femme.

Ce point particulier nous amène à la question de l'immutabilité des conventions de mariage. Permettre aux intéressés de décider arbitrairement du maintien, de la résolution, ou même de la simple modification de leur régime matrimonial, ne serait-ce pas, en effet, porter atteinte à ce grand principe, que notre Droit entoure de tant de prestige ?

Rappelons tout d'abord que sa légitimité est aujourd'hui fort contestée par les plus éminents civilistes, aussi bien en France qu'en Italie. Nous avons déjà cité l'opinion de MM. Colin et Capitant, n'est-ce pas encore le professeur Saleilles qui déclarait au cours d'une séance de la Société de Législation comparée : « Il semble que nous soyons tous d'accord .. sur ce premier point que, du moment que les intérêts des tiers seraient sauvegardés par un régime de publicité largement organisé, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, et l'exception qu'il apporte à la liberté contractuelle des époux, ne peuvent plus se défendre (1). » Par conséquent, si l'on tient compte de ce mouvement d'idées et de sa force, l'obstacle n'apparaît plus guère résistant. Mais, à supposer même qu'il demeure debout, n'y aurait-il pas de sérieuses raisons de penser que la règle n'est en réalité prescrite que pour la vie commune des époux, n'étant pas destinée à régir leur existence légalement distincte. On invoque, en effet, pour la justifier la crainte de voir l'une des parties abuser de l'affection de l'autre pour obtenir des avantages, pouvant devenir pour elle ou sa famille une source de préjudice. On met également en avant le risque de les voir s'entendre pour faire fraude aux droits de leurs créanciers. Or ces deux motifs ne sont plus du tout fondés dans l'hypothèse de séparation, même amiable ; car les sentiments de confiance et d'intimé qu'ils supposent ont alors disparu. Le principe d'immutabilité ne saurait, par suite, empêcher de reconnaître la validité des pactes contenant des dérogations au contrat de mariage, sauf à exiger bien entendu que la dualité d'habitation soit réelle.

(1) *Bulletin de la Société...*, 1909, p. 152.

Par application de cette idée, il serait loisible aux parties de supprimer ou de maintenir les avantages constitués entre eux lors de leur union, et qui dans la séparation judiciaire sont compris dans les déchéances qui frappent celui aux torts duquel elle intervient. De même, par exception cette fois à la règle qui interdit les renonciations à succession future (art. 1130 du Code civil), il devrait leur être, en outre, permis d'imiter ou non les effets d'un jugement à l'égard du droit de l'article 767 du Code civil qui institue héritier éventuel de son conjoint, l'époux « *contre* lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée ».

* * *

Il apparaît donc, si l'on admet la justesse des observations qui précèdent, que le statut pécuniaire des époux séparés par consentement mutuel sera de formation purement contractuelle. De la sorte il pourra répondre à toutes les exigences particulières des espèces ; compte tenu notamment des responsabilités de la rupture. Est-ce à dire qu'il devra rester immuable tant qu'un nouvel accord des parties ne se sera pas réalisé pour le modifier ? La question peut surprendre si l'on ne songe qu'aux règles ordinaires de l'interprétation des contrats (1) , mais elle semble naturelle, si l'on fait entre cette situation et celle résultant d'un jugement un rapprochement bien légitime. N'est-elle pas, en effet, au fond presque semblable à cette dernière ; et les tribunaux n'ont-ils pas le droit de revenir sur leur décision pour en changer certaines dispositions, lorsque les circonstances viennent à varier postérieurement ? Le même pouvoir devra-t-il donc leur être reconnu à l'égard des pactes ?

S'il est une vérité incontestée en jurisprudence, c'est bien celle qui interdit aux juges d'introduire dans les conventions qu'ils sont requis de faire exécuter, des stipulations différentes de celles qui ont été voulues par les parties (2).

(1) Art. 1134, c. c. : Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. — Elles ne peuvent être révoquées que par leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise... »

(2) Du moins dans la jurisprudence des tribunaux civils, car la juris-

L'autonomie de la volonté, rappelée par l'article 1134 du Code civil est, en effet, dans ce domaine regardée comme un dogme. N'est-ce pas la Cour de cassation qui en 1876 a proclamé de la manière la plus formelle : « Que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelqu'équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances, pour modifier les conventions des parties, et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants (1) ». Et cependant il s'agissait dans cette affaire d'actes remontant à 1560 et 1567, réglant, au cours de l'argent à cette époque, une redevance d'arrosage par un canal. Aussi bien la Cour d'Aix, arguant du caractère successif des obligations et de l'iniquité manifeste d'une application littérale due à la dépréciation monétaire, s'était-elle crue autorisée à augmenter ce taux ne correspondant plus aux frais d'entretien du canal (2). Mais la Cour suprême la rappela à un respect plus rigoureux des textes (3).

Pour ce qui est des contrats de séparation, selon toute vraisemblance, ils ne vérifieront pas cette règle d'une manière intégrale. La législation anglaise, et le Code Italien ne s'accordent-ils

prudence administrative, beaucoup plus hardie, n'a pas craint d'introduire la notion d'« *imprévision* » dans l'interprétation des contrats relevant du droit public, et par là de se reconnaître le droit de les modifier. V. Hauriou, *note* sous C. d'Etat, 30 mars 1916 (S. 16.3.17) — également Saint-Marc, *De l'imprévision dans les contrats administratifs* (Thèse Paris, 1918).

On doit néanmoins signaler en matière civile une exception notable. Les juges, arguant de l'article 1986 c. c. qui déclare que « le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire », s'attribuent le pouvoir de réduire le chiffre de la rémunération, lorsqu'il en est prévu un et qu'il leur semble exagéré. Mais cette règle prétorienne soulève de vigoureuses protestations dans la doctrine, et demeure isolée.

(1) Ch. civ., 6 mars 1876 (D. 76.1.193).

(2) 31 déc. 1873, sous l'arrêt précédent : « Attendu que si les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties, et si elles ne peuvent être modifiées que du consentement commun, il n'en est pas de même pour les contrats qui ont un caractère successif ; — qu'il est reconnu en droit, que ces contrats qui reposent sur une redevance périodique *peuvent être modifiés par la justice*, lorsqu'il n'existe plus une corrélation équitable entre les redevances d'une part, et les charges de l'autre ; ... que du jour où cette égalité cesse, la loi primitive du contrat est rompue et qu'il appartient aux tribunaux de rétablir l'égalité primitive.

(3) Depuis la guerre, cette conception a été mise en échec par suite de nécessités sociales inéluctables, en matière de loyer ; mais les mesures

pas à attribuer aux magistrats le droit de changer les stipulations concernant le sort des enfants, chaque fois que leur intérêt le réclame, sans pour autant rendre caduques les autres dispositions. Or, on peut affirmer que la loi française ne manquera pas de consacrer cette exception au droit commun, à la vérité déjà existante en matière de séparation judiciaire (1), sans qu'il soit besoin de s'en expliquer plus longuement tant sa nécessité apparaît évidente. Il est vrai qu'on pourra prétendre que, s'agissant de stipulations pour autrui, elles ne tombent pas sous le coup de l'article 1134 du Code civil. Mais faudra-t-il aller plus loin, et admettre comme principe que les juges auront le pouvoir de réviser les autres clauses du pacte, lorsque des faits survenus depuis sa conclusion le rendront nécessaire, et que la chose ne pourra pas se faire amiablement faute d'entente ?

A s'en tenir aux données des systèmes étrangers étudiés plus haut, il y aurait lieu de distinguer suivant les divers modes de formation. La séparation se fera-t-elle au moyen d'un pacte homologué, ainsi qu'en Italie ; alors la révision sera possible, comme après un jugement. Se fera-t-elle au contraire sans cette intervention judiciaire gracieuse, ainsi qu'en Angleterre ; alors toute modification par voie de contrainte se trouvera interdite (2).

qui ont dû être prises par le législateur en ce sens, regardées comme exceptionnelles et temporaires, n'entament pas néanmoins la rigueur du principe.

Il en est résulté toutefois un mouvement d'opinion très net en faveur de l'introduction en droit privé de l'idée de révision des contrats.

V. Fyot, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision* (Thèse Dijon, 1921).

Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé* (Thèse Nancy, 1922).

Bonnecase, *Supplément au Traité de Droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. III, n° 314.

Mais cette manière de voir soulève de graves objections, V. Capitant, *note*, D. 17.2.33. — Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* (2e éd. 1927), nos 84 à 88. Ce dernier auteur conclut en faveur d'une solution transactionnelle fondée non pas sur le concept d'imprévision, mais plus simplement sur celui de justice.

(1) V. De Labroust, *Des conventions entre époux relatives au divorce et à la séparation de corps* (Thèse Toulouse, 1925), ch. II, p. 17 et s.

(2) Est-il possible de dégager dès maintenant l'orientation de la jurisprudence française à cet égard ? — Récemment le tribunal civil de Nice a décidé que la pension convenue entre les parties au cours d'une instance contentieuse, avec cette clause qu'elle ne serait susceptible par la

Cette manière de voir est-elle satisfaisante ? Nous ne le pensons pas. Peu importe, en effet, si l'on ne borne pas l'analyse aux éléments purement conceptuels du problème, l'adjonction ou non d'une homologation. Si le pouvoir de révision est utile, il l'est dans tous les cas. S'il froisse des intérêts légitimes, et même des droits acquis, il le fait également dans tous les cas. Or le bien fondé d'une telle mesure apparaît difficilement contestable. Permettra-t-on à un époux coupable, mais sans fortune lors de la rupture, qui de ce fait n'aura promis à son conjoint qu'une pension insignifiante, de refuser de lui venir en aide plus largement, si par la suite il vient à s'enrichir dans le négoce ou par héritage, par le motif que son engagement n'ayant pas été approuvé par le juge aura un caractère intangible ? Admettra-t-on qu'un autre, devenu infirme et ne pouvant plus tirer de ressources de son travail, demeurera tenu de verser à son conjoint la même rente qu'auparavant, sous prétexte que la créance de ce dernier, n'ayant pas été confirmée en justice ne pourra pas être diminuée sans son consentement. Ne voit-on pas combien une telle distinction serait arbitraire, et combien ses résultats seraient choquants pour le bon sens et la morale ?

Il y aura donc lieu d'étendre, de toute façon, à la séparation amiable, les dispositions qui sont en vigueur sur ce point dans la procédure contentieuse. On ne doit pas oublier, à la vérité, que si sa formation est comme celle du mariage contractuelle, ses effets comme les siens, ne sauraient être purement et simplement ceux d'une convention, quand l'intérêt supérieur de la famille ou de la société s'y oppose.

Or, ce serait une erreur de traiter des époux comme des contractants ordinaires, n'ayant noué entre eux que des liens d'ordre patrimonial. Les raisons qui font maintenir à l'égard de ceux-ci des rapports même devenus injustes, sont sans valeur vis-à-vis d'eux, car ils se sont associés pour la bonne comme pour la mauvaise fortune, et de cette association sans réserve demeure

suite ni d'augmentation ni de réduction, était dès lors définitive, contrairement à ce qui se passe lorsque le chiffre en est fixé par le tribunal. Par suite, il rejeta une demande d'augmentation formée par la femme (7 mars 1922. D. 22.2.133, G. P. 22.2.81).

Qu'est-ce à dire sinon que la volonté des parties serait considérée, aux termes de l'article 1134, comme souveraine ?

malgré tout quelque chose après la cessation de la vie commune.

Bien entendu, toute révision ne pourra être motivée que par la survenance de circonstances imprévues, duement relatées dans la sentence, sans quoi manqueraient les éléments d'appréciation nécessaire.

Conviendra-t-il, par ailleurs, d'assimiler encore les deux mesures au point de vue du « mandat tacite » ? Le jugement a pour effet d'y mettre fin, c'est certain ; le pacte le suspendra également en stipulant avec quelles ressources la femme devra désormais s'entretenir, c'est tout à fait probable. Mais en dehors de là, sera-t-il bon d'adopter les solutions de la jurisprudence anglaise ? Elle décide, d'une part, que la faculté pour l'épouse d'engager par ses dépenses nécessaires le crédit de son mari subsiste, lorsque l'accord ne renferme pas la clause précédente, par interprétation de la volonté présumée des parties. Elle dispose, d'autre part, que ladite faculté renaît à son profit, quand ce dernier néglige d'exécuter l'obligation par lui assumée de fournir à ses besoins, faisant alors jouer, semble-t-il, une condition implicite. En théorie ces deux règles d'interprétation sont tout à fait légitimes ; mais pratiquement ne risqueraient-elles pas de créer à l'égard des tiers une situation confuse, c'est-à-dire pouvant aboutir à leur causer préjudice ? Il serait imprudent de l'affirmer ; car comment assurer, surtout dans le second cas, une publicité de nature à les protéger ? Comment les créanciers personnels du mari sauraient-ils, par exemple, qu'ils auront à subir, en cas d'insolvabilité de leur débiteur, la concurrence des fournisseurs de sa femme séparée, lorsqu'il aura cessé de lui verser les annuités promises ? Ne vaudrait-il pas mieux, au lieu d'admettre le maintien ou la renaissance de plein droit du pseudo mandat, exiger à cette fin le prononcé d'une ordonnance, dont ceux-ci pourraient facilement prendre connaissance ? Il est vrai que ce serait alors nier ouvertement l'idée de procuration qui, il faut bien l'admettre, n'est qu'une fiction commode destinée à masquer un droit propre, accordé à l'épouse par la jurisprudence en marge du code. Néanmoins, il n'est pas sûr que les solutions anglaises ne seraient pas préférées par attachement à l'analyse traditionnelle.

Nous ne pousserons pas plus avant l'examen de cette réglementation éventuelle, seules les questions de principe étant, en l'état de la question, susceptibles d'intéresser ; le détail de toute cette matière ne pourra d'ailleurs se préciser, le cas échéant, qu'au fur et à mesure des espèces.

§ 3. — DE LA DURÉE D'APPLICATION ET DES CAUSES DE RÉSOLUTION DU PACTE.

La question de la durée d'application du pacte se présente, à première vue, comme pouvant se résoudre par une formule facile et claire : destiné à régir les rapports des époux séparés, ne devra-t-il voir cesser ses effets lorsque ces derniers eux-mêmes prendront fin ? On serait donc, de prime abord, tenté de lier absolument le sort du contrat à celui de la situation qui est sa raison d'être.

Le problème est-il en réalité aussi simple ? Si l'on songe à tous les moyens, très différents l'un de l'autre, par lesquels il est concevable que la rupture amiable puisse se terminer, on est autorisé à en douter. En laissant de côté l'hypothèse de mort de l'un des conjoints, on compte en effet, la réconciliation, la séparation judiciaire, le divorce, et même la résolution pure et simple de la convention. Or, comment ces divers termes seront-ils traités par la loi ; quelles seront leurs conséquences au point de vue qui nous préoccupe ? Ce sont là autant de sujets qu'il faut examiner séparément.

En premier lieu pourra intervenir entre les parties une réconciliation. Les conditions requises pour son existence seront évidemment les mêmes que celles qui sont actuellement admises en matière contentieuse. Aura-t-elle pour résultat nécessaire d'effacer complètement et définitivement l'accord ? Si l'on s'en réfère à la jurisprudence anglaise, on voit que ni l'un ni l'autre de ces effets n'est fatal. D'ordinaire le « deed » demeure partiellement en vigueur en tant que « post-nuptial settlement », c'est-à-dire dans la mesure où il modifie le contrat de mariage primitif ; il est même permis aux époux de décider que toutes ses clauses resteront valables. D'autre part, il leur est en outre

reconnu le droit de stipuler à ce moment, qu'il reprendra vie pour le tout si la réunion entre eux ne dure pas. Cette dernière solution est, à la vérité, si naturelle, qu'aucune difficulté ne s'opposera à son adoption ; étant de plus considéré qu'elle rendra souvent plus facile un rapprochement toujours souhaitable. Peut-être même conviendra-t-il d'en étendre l'application au cas où, en l'absence de cette disposition expresse, ils cesseront de cohabiter sans procéder à une nouvelle entente. En ira-t-il de même en ce qui concerne la première ?

Lorsque le pacte, à l'imitation de la séparation de corps judiciaire, aura entraîné la liquidation du régime matrimonial par la séparation de biens, il y aura lieu semble-t-il, de le soumettre alors aux mêmes règles qu'elle. Or le principe actuellement enseigné par le code est que la réconciliation n'entraîne pas de plein droit le rétablissement du régime pécuniaire antérieur. Aux termes de l'article 1451, la séparation de biens subsiste, à moins que les conjoints ne décident du contraire, et dans ce cas n'en passent acte devant notaire, en le faisant publier conformément à la loi. Cet article ajoute même, tant le respect de la règle d'immutabilité est impérieux, que les parties n'ont alors le pouvoir que de reproduire purement et simplement leur contrat primitif, sans y rien ajouter ni changer. Celui-ci reprend en outre effet à dater du jour du mariage, comme si rien ne s'était passé dans l'intervalle ; les droits légitimes des tiers étant néanmoins sauvegardés.

Par contre, lorsque la convention n'aura opéré qu'une liquidation partielle, n'aura en somme que modifié le contrat prénuptial, si toutefois la licéité de cette opération est admise, que faudra-t-il décider ? Par quels motifs, en vérité, refuserait-on aux époux dans cette hypothèse également, la faculté de revenir aux *statu quo* ? Il n'est pas facile de l'apercevoir, car il n'y a là au fond qu'une question de publicité. Par ailleurs, pourquoi leur imposerait-on ce retour ? Ce serait certainement maladroit ; car cette obligation aurait souvent pour conséquence d'empêcher la femme de consentir à reprendre la cohabitation.

Néanmoins ne devra-t-on pas redouter que la liberté qui leur sera laissée à cet égard, n'arrive à leur permettre de changer incessamment de régime, au gré de réunions successives et pas-

sagères ? L'hypothèse, bien qu'improbable, n'est peut-être pas impossible. Toutefois, il serait facile de remédier à cet abus en prévoyant, par exemple, qu'après deux ou trois mutations de ce genre la séparation de biens intégrale serait entre eux de rigueur.

En résumé, les solutions seront vraisemblablement analogues à celles du droit anglais : le pacte ne cessera pas forcément de produire effet d'une manière complète et définitive lorsque les époux, s'étant pardonnés leurs torts, recommenceront à vivre ensemble.

* * *

La différence essentielle distinguant la rupture par contrat de celle obtenue par jugement concernant son processus de formation, le mode de vie s'ensuivant étant au fond le même, et pouvant comporter les mêmes satisfactions, on concevrait facilement qu'une fois le choix opéré entre les deux voies, les époux soient liés par leur décision, c'est-à-dire ne puissent plus passer de l'une à l'autre. Pratiquement cette conception mettrait obstacle, après la conclusion d'un accord, au prononcé d'une sentence tendant au même but ; car l'hypothèse inverse ne serait guère vraisemblable. Mais cette manière de voir n'est reçue ni en Italie, ni en Angleterre, où, nous l'avons dit, une telle succession est parfaitement licite.

Quel peut être l'intérêt de cette substitution de statuts ? Le demandeur ne peut avoir évidemment pour fin que d'obtenir des avantages qui ne lui sont pas procurés par le pacte. Ce sera l'épouse qui, à un moment donné, voudra reprendre la jouissance et l'administration de ses biens, alors qu'aux termes de celui-ci elle n'aura droit qu'à une pension ; ou bien ce sera le mari qui, ultérieurement, croira juste de faire prononcer contre elle les déchéances prévues par la loi, et non stipulées lors de sa conclusion. Il serait aisé de multiplier les exemples de cet ordre. Ce sera même parfois le désir purement moral de punir le coupable de ses fautes par un jugement rendu « à ses torts », et la réprobation qui l'accompagne.

Conviendra-t-il d'autoriser les parties à agir de la sorte ? On ne voit pas vraiment en quoi l'ordre public pourrait s'y

opposer. Est-ce à dire que toute demande en ce sens, devra être recevable exactement comme si la convention n'existait pas ? L'ordre public n'exige pas non plus une telle règle ; le pardon étant en cette matière parfaitement licite, et valant fin de non recevoir. Tout dépendra donc de l'intention des contractants. Auront-ils expressément formulé leur volonté dans l'acte, alors la tâche du juge sera facile. Tout d'abord, ils pourront avoir convenu d'effacer définitivement les torts antérieurs ; en second lieu, cet oubli des griefs passés pourra être subordonné à une condition résolutoire ; en troisième lieu, l'engagement absolu de ne pas s'adresser à justice pourra s'étendre même aux faits futurs, sous réserve toutefois qu'une telle clause n'apparaisse pas contraire aux bonnes mœurs, comme permettant la persistance de relations adultères ; enfin, le droit de recourir aux tribunaux sera parfois maintenu intégralement. Toutes ces promesses pourront d'ailleurs être unilatérales ou réciproques.

Mais lorsqu'au contraire les époux n'auront pas fait connaître leur détermination à cet égard, quelle devra être l'attitude des magistrats ? Ils ne pourront alors suppléer cette lacune, qu'en présumant qu'elle aurait été ladite détermination si ceux-ci l'avaient exprimée, à moins toutefois que le législateur lui-même n'édicte sur ce point une règle interprétative. Le problème se ramène donc en somme à choisir parmi les quatre propositions précédentes, quelle est la plus satisfaisante sous ce rapport. La jurisprudence anglaise n'est pas ici absolument nette ; une telle imprévision étant rare dans les « separation deeds ». Quant au Droit Italien, il est divisé par des controverses. Procédant en conséquence par voie d'élimination, on peut écarter, d'une part, la remise anticipée des fautes futures, et de même le refus de tout pardon concernant le passé. Car il est permis de croire que le plus souvent les conjoints, du fait qu'ils s'accorderont à ne pas agir par la procédure contentieuse, entendront par là même effacer les motifs qui auraient pu lui servir de base, mais qu'ils n'iront pas néanmoins jusqu'à abandonner par avance tout droit éventuel pour le cas d'outrage ultérieur.

Le pacte vaudra donc renonciation implicite à invoquer désormais les reproches antérieurs ; mais celle-ci devra-t-elle être

regardée comme définitive, ou seulement comme conditionnelle ? A s'en tenir au principe actuellement appliqué par la Cour suprême en matière de séparation judiciaire, la seconde idée devrait prévaloir, car suivant elle, les faits nouvellement commis ou découverts, font toujours « revivre » les faits anciens. Toutefois l'assimilation ne s'impose pas absolument, car s'agissant ici de réconciliation, on conçoit qu'une telle réserve soit plus naturelle que dans l'hypothèse de consolidation amiable du désaccord. Il serait même préférable, suivant nous, étant donné que l'une des justifications principales qui fondent la reconnaissance par la loi de cette institution, est l'intérêt qu'il y a pour les époux, leurs enfants et même la Société, à tenir secrets les scandales conjugaux, de présumer que lorsque les parties ont opté pour ce mode, c'est qu'elles avaient de sérieuses raisons de cet ordre, et que par suite elles entendaient définitivement les soustraire à toute publicité. La séparation contentieuse ne serait donc plus permise après un pacte, à moins de clause contraire, que pour des causes entièrement nouvelles ; les premières ne pouvant plus être déduites en justice. C'est en ce sens que se prononcent en Italie la jurisprudence et la doctrine dominantes.

Quels seront les effets de cette sentence sur l'accord ? Sera-t-il résolu ou subsistera-t-il pour partie ? Si l'on songe qu'il pourra demeurer en vigueur après une réconciliation, on sera tenté de raisonner *a fortiori* pour cette hypothèse, où le *modus vivendi* ne sera pas même modifié. C'est ainsi d'ailleurs que le Droit Anglais n'apporte dans ce cas aucun changement au deed, se bornant à adjoindre à ses conséquences celles qui découlent de la loi. Y aura-t-il lieu de suivre cet exemple ? Il ne le semble pas, car les raisons valables ne manqueront pas de s'y refuser. Le statut légal est à lui seul complet ; en effet, il ne suppose en outre du jugement qui le constitue, rien autre que l'acte liquidatif réalisant la séparation de biens. De son côté, le statut contractuel est également supposé se suffire à lui-même. On concevrait donc mal la coexistence des deux. Or, pourra-t-on admettre la distinction des jugements de séparation de corps en deux catégories, suivant qu'ils auront été, ou non, précédés d'un pacte ; les uns appliquant intégralement les dispositions

du code, et constituant le droit commun ; les autres, par contre, lui apportant des exceptions ? La situation qui serait ainsi créée, serait forcément confuse, et par là même préjudiciable aux tiers. Mais surtout, si l'on confie aux magistrats le pouvoir de réviser la convention lorsque, des circonstances nouvelles le rendant moralement ou matériellement nécessaire, les parties ne pourront pas néanmoins se mettre d'accord pour y procéder elles-mêmes, alors il faudra voir dans toute action fondée sur l'article 306 du Code civil une demande en révision totale, c'est-à-dire en annulation de celle-ci. En effet, si l'époux n'avait en vue dans ce cas que l'obtention de mutations particulières, il lui serait loisible de limiter à cela sa requête en l'appuyant sur les mêmes faits.

A la différence de la reprise de cohabitation, et malgré le paradoxe résultant apparemment de ce rapprochement, la séparation judiciaire entraînera donc toujours résolution complète et définitive du contrat.

* * *

Le simple éloignement amiable des conjoints pourra faire place également à la dissolution du mariage. Ici il n'est pas même besoin de discussion, en dépit de la conclusion seulement facultative de la théorie britannique sur ce point, pour avancer que la solution précédente devra être acceptée *a fortiori*. Il serait notamment contraire aux règles du droit français d'admettre, ainsi qu'en Angleterre, la persistance de la convention matrimoniale, après le prononcé du divorce. Cette question étant par suite écartée, reste à déterminer dans quelles conditions ce dernier pourra avoir lieu.

Par les mêmes raisons qui ont amené à décider plus haut que les faits anciens seront complètement effacés par le pacte, à moins de stipulation contraire de sa part, il faudra exiger dans cette hypothèse, pour que la demande soit recevable, des griefs entièrement postérieurs à la séparation.

A la vérité, la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, semble opposée à cette idée. Elle a eu l'occasion de faire savoir son sentiment sur cette question, par anticipation peut-on dire,

dans la récente affaire *de Ferrari* qui paraît appelée à devenir aussi célèbre que celle *de Beauffremont*. L'épouse, devenue italienne par son mariage avec le sieur de Ferrari, avait sollicité des tribunaux français après sa réintégration dans sa nationalité d'origine, et après bien des vicissitudes de procédure dont il n'est pas utile de retracer le détail, de rompre le lien qui l'unissait à ce dernier. Indépendamment d'autres difficultés de principe soulevées par cette instance,et en particulier de celle tenant au caractère indissoluble dudit lien vis-à-vis du mari, en sorte que le succès de l'action devait avoir pour conséquence de permettre à celle qui restait *légalement* sa femme, de pouvoir *légalement* convoler avec un second conjoint (1), se posait le problème que nous envisageons. La demanderesse prétendait, en effet, fonder sa requête sur des torts qui avaient déjà, en fait, servi de base à une séparation consensuelle dûment homologuée en Italie, et depuis lors observée par les deux parties. Or la Cour suprême, alléguant qu'ils n'avaient pas été réellement déduits en justice, se refusa à considérer cette procédure gracieuse à leur égard comme une fin de non recevoir (2). Suivant elle par conséquent, il faudrait tenir le contrat pour inexistant, en ce qui concerne la possibilité d'agir ultérieurement en divorce.

Nous maintiendrons néanmoins notre manière de voir, estimant que puisque le pardon et la renonciation sont licites et juridiquement valables en cette matière, et qu'il n'y a là par suite qu'un problème d'intention, il serait inexact de ne pas reconnaître une volonté commune de cet ordre dans la conclusion par les deux conjoints d'un accord.

Mais en réalité, cette question n'a qu'une importance secon-

(1) V. sur cette question : NIBOYET, *note* sous Civ., 7 mai 1928 (S.28.1.9).

(2) Civ. 14 mars 1928 (S. 29.1.92) : « Attendu... que l'arrêt attaqué déclare, par une interprétation souveraine de la loi étrangère, que la séparation de corps, intervenue entre les époux de Ferrari, présentait, nonobstant l'homologation judiciaire gracieuse qui l'a consacrée, le caractère d'un acte purement amiable ; qu'il résulte de cette constatation que les causes de mésintelligence existant entre les époux ne peuvent être considérées comme ayant alors été déduites en justice, d'où la Cour d'appel a pu conclure que la séparation, loin de mettre fin aux griefs de l'épouse, « en accusait le caractère persistant et irréductible »... Par ces motifs, rejette. »

daire à côté de celle, inconnue aussi bien en Angleterre qu'en Italie, qui est soulevée par l'existence dans notre système juridique de l'institution de la « conversion ». En l'état actuel de la législation « lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement sera de droit converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux (1) ». Ce texte devra-t-il être étendu à la rupture amiable ?

Si de nos jours la dissolution du mariage est pratiquement possible par consentement mutuel, et s'opère journellement de la sorte au moyen de simulations faciles, il n'en reste pas moins qu'officiellement ce mode de formation est encore réprouvé par la loi. A supposer que cette dernière, sans vouloir modifier cette réglementation, vienne à reconnaître la validité des pactes étudiés, elle devra donc nécessairement exclure de l'organisation nouvelle l'article précité. C'est ce qu'a proclamé déjà la jurisprudence à propos de l'affaire *de Ferrari*, car ladite dame avait d'abord tout simplement requis des juges français, de faire application de cette disposition à la décision d'homologation prononcée compétemment au delà des Alpes (2). D'ailleurs, si l'on entend le projet de réforme qui sert de conclusion à ce livre, comme un moyen de lutte contre le développement alarmant du divorce, on devra rejeter avec la plus grande force une conversion qui, se retournant contre le but visé, aboutirait en vérité à consacrer indiscutablement la légitimité d'une pratique en tous points néfaste et à ce titre condamnable.

La règle de l'article 310-1° du Code civil, devra donc en tout état de cause rester spéciale à la séparation contentieuse.

* * *

Enfin, pourra intervenir parfois, si l'on admet la légitimité de ce moyen, la simple résiliation de la convention. Lorsqu'une

(1) Art. 310-1° c. civ., loi du 6 juin 1908.

(2) La Cour de Lyon le 26 juin 1917, avait admis sa prétention et prononcé la conversion, mais la Chambre civile cassa par arrêt du 6 février 1922 (D. 22.1.137, G. P. 22.2.530, Cl. 22.714). Sur renvoi Grenoble, 23 mai 1923 (G. P. 24.2.70).

Cf. Trib. Seine, 7 mars 1922, mentionné dans le jugement du 31 janvier 1924, rendu entre les mêmes parties (D. 24.2.38).

partie, en effet, elle-même respectueuse de ses promesses, n'obtient pas de son co-contractant, l'exécution de ses propres obligations, la loi alors lui accorde l'option soit d'exiger par voie de contrainte l'accomplissement des engagements violés, soit d'agir en résolution du contrat. C'est là un principe tout à fait général, dont le fondement est de pure équité, et qui joue dans tous les accords synallagmatiques. Il trouve son expression dans l'article 1184 du Code civil.

Il est évident qu'à partir du moment où le pacte de séparation sera regardé comme licite, chacun des conjoints pourra s'adresser à justice pour forcer l'autre à l'observer. Mais faudra-t-il aussi leur reconnaître, suivant les termes du droit commun, la faculté d'invoquer le texte qui vient d'être rappelé ? Ce qui pourrait en faire douter, c'est qu'à raison de son objet, l'acte envisagé n'est pas assimilable complètement à ceux en vue desquels il a été écrit, et qui comportent seulement comme prestations des choses qui sont dans le commerce. S'il est exact qu'il stipulera le plus souvent des engagements d'ordre patrimonial et par là ressemblera à ces derniers, néanmoins il aura toujours pour disposition principale, tout le reste n'étant en réalité qu'accessoire, la renonciation réciproque des époux à la vie commune.

Ce caractère spécial devra-t-il donc faire écarter ici l'application de l'article 1184 ? En vérité, on ne voit pas quel motif justifierait cette conséquence ; car cette dernière clause comme les autres apparaît susceptible de révocation. Mais, du fait de son existence, l'action résolutoire prendra toutefois un aspect très particulier. Le demandeur, en effet, devra nécessairement conclure au rétablissement judiciaire de la cohabitation conjugale. Lui reconnaître le droit de s'en dispenser et de se borner à solliciter l'abrogation des dispositions pécuniaires du contrat, ce serait en réalité fausser le jeu de la sanction, en proclamant qu'elle peut valoir seulement pour partie, et laisser subsister pour le reste l'acte répudié.

Par conséquent lorsqu'un époux séparé à l'amiable, qui aura à se plaindre de la violation par l'autre de ses obligations, ne voudra pas le poursuivre en réintégration du foyer, il se privera par là-même de l'option prévue en sa faveur par la loi, et ne

pourra intenter contre lui que la seule procédure d'exécution forcée. Le bien fondé de cette exigence est d'ailleurs facile à vérifier, en montrant qu'autrement le moyen n'aurait pour résultat que de remplacer une situation régulière par une séparation de fait ; solution qui ne saurait en aucune façon être considérée comme satisfaisante.

On serait tenté, il est vrai, d'objecter que la résiliation pourra avoir encore pour résultat d'ouvrir la voie à la séparation judiciaire, l'article précité parlant de condition résolutoire tacite, et celle-ci ayant en droit français un caractère rétroactif. Ainsi toute renonciation et tout pardon, même exprès, se trouveraient effacés en même temps que la convention tout entière. Mais à cela il est facile de répliquer, sans même retenir l'impropriété de l'expression du code qui jure avec la nécessité d'une sentence, que c'est en premier lieu supposer que la rupture aura été causée par des motifs légalement suffisants, et surtout que c'est méconnaître la règle qui soustrait les contrats successifs à la rétroactivité de la condition. La séparation contentieuse ne pourra donc intervenir, même dans cette hypothèse, que pour des faits nouveaux qui rendront alors inutile tout recours à l'article 1184.

Tels sont les divers termes par lesquels vraisemblablement le pacte pourra voir cesser ses effets, soit que la désunion fasse place à la restitution des devoirs du mariage par réconciliation, ou même par contrainte, — des réserves étant faites toutefois sur l'efficacité de celle-ci, — soit qu'elle se trouve consolidée par jugement, ou même qu'elle aboutisse à la dissolution définitive du lien.

§ 4. — DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA SÉPARATION AMIABLE.

Lorsque les grandes lignes de son organisation auront été posées par le législateur, la séparation amiable ne manquera pas de soulever dans la doctrine le problème relatif à sa nature juridique. Les auteurs italiens sont divisés sur ce sujet ; à ne considérer que le débat qui actuellement partage en France les théoriciens du droit sur le caractère du mariage, il y a lieu de

croire que cette question elle aussi fera naître des controverses. Elles sont, en effet, très voisines par les idées qu'elles mettent en cause, et, vraisemblablement, c'est autour de la notion de contrat que se heurteront une nouvelle fois les opinions.

Malgré les apparences, il serait inexact de regarder une telle recherche comme dénuée de toute importance pratique ; car le principe d'interprétation qu'elle permettra de dégager, aidera sans aucun doute à la résolution des difficultés qui se poseront forcément devant les tribunaux (1).

Bien entendu il ne nous appartient pas ici d'anticiper sur les événements, en proposant la solution d'un problème dont les données précises sont inconnues... et le resteront peut-être encore longtemps, malgré l'intérêt démontré, du moins nous le pensons, d'une réforme. Mais, par contre, on peut procéder utilement à la comparaison sur ce point des systèmes britannique et italien, qui sont révélateurs de deux tendances nettement dissemblables.

Le « separation deed » constitue, il nous semble vraiment difficile de le contester, à proprement parler un contrat. Non seulement sa formation s'opère suivant les règles ordinaires de

(1) Cf. C. de cassation de Belgique, 18 mai 1899 (D. 01.2.161) : « Attendu que le mariage, quoique élevé par la religion à la dignité de sacrement, était considéré dans l'ancien droit comme un contrat civil d'une nature spéciale, lequel, disait Pothier, servait de sujet et de matière au sacrement ; — Attendu que, parlant au corps législatif au nom du Tribunal, Boutteville disait également que le mariage est un contrat civil, soumis comme tout autre à l'autorité publique... — Attendu que ce contrat, dont les formes ont été minutieusement réglées par la loi, donne lieu non seulement à des devoirs moraux, mais encore à des obligations garanties par la loi civile ; — Attendu qu'au nombre des devoirs que le Code civil impose à la femme mariée, figure l'obligation d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge bon de résider... — Attendu que l'état de nos mœurs ne fait pas obstacle à ce que l'obligation imposée à la femme par l'article 214 c. c. se résolve, si elle refuse de s'y soumettre, en dommages-intérêts ; — Attendu que le c. civ. au titre Des Obligations... reproduisant la terminologie romaine, oppose les obligations de faire (*obligationes faciendi*) aux obligations de donner (*obligationes dandi*) ; — Attendu que l'obligation imposée à la femme mariée d'habiter avec son mari rentre par sa nature dans la catégorie des obligations de faire ; — — Attendu que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ; — Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que le défendeur a subi, sous divers rapports, un préjudice matériel par suite de l'*inexécution du contrat* intervenu entre lui et sa femme ; — Attendu que la Cour d'appel a pu... arbitrer... le montant des dommages-intérêts dus au défendeur. »

Cf. C. de Paris, 17 juin 1913 (S. 14.2.4).

cette catégorie d'actes juridiques, mais ses effets sont purement et simplement ceux d'une convention. Quant à l'extinction des obligations qu'il engendre, on sait avec quel souci, on pourrait même dire quel scrupule, de respecter l'intention des parties, les juges s'en tiennent aux stipulations de l'accord, autorisant la persistance totale de celui-ci après réconciliation, et se refusant tout pouvoir de le modifier, même après séparation judiciaire. Si toutefois dans l'hypothèse de divorce, et d'autre part en ce qui concerne les enfants, ils dérogent à ce dernier principe, ce n'est, nous le savons, qu'en vertu de textes législatifs spéciaux, dont le caractère exceptionnel lui-même est une confirmation de la thèse jurisprudentielle. On est donc bien avec ces sortes d'actes, pour la validité desquels aucune forme même n'est indispensable, dans le domaine propre de l'autonomie des volontés individuelles. La chose est si évidente pour les auteurs anglais, qu'ils négligent de s'en expliquer ; Eversley se bornant par exemple à une affirmation, Addison, pour sa part, exposant sans autre justification, le sujet dans son « Traité sur le Droit des contrats ».

De même en Italie, nombre de civilistes présentent la séparation consensuelle comme étant par nature une convention. Mais l'exactitude de cette conception est déniée avec la plus grande force par d'autres, qui ne sont pas moins influents. C'est que dans cette législation l'accord n'est plus à lui seul suffisant à la constituer, le Code exige en outre une homologation. Ses effets également ne dépendent plus de la seule détermination des conjoints, car les juges peuvent modifier les clauses de l'entente, soit initialement, soit après sa ratification. Enfin sa résiliation n'est pas admise suivant tous les procédés contractuels. On ne peut donc plus avancer que la situation qui en résulte est l'œuvre exclusive des parties, puisque leur consentement, sans l'approbation judiciaire, est impuissant à faire naître des obligations valables. Est-ce à dire qu'il faille complètement répudier, ainsi que certains n'ont pas manqué de le faire, la notion même de pacte, et prétendre qu'il y a là, au même titre que dans la séparation contentieuse, un acte purement juridictionnel ? Cela serait, croyons-nous, critiquable, car il n'y a rien de commun, sinon la personne même des magistrats,

entre les deux modes par lesquels ils sont appelés à intervenir (1).

A l'appui de cette observation on peut invoquer, malgré des dissemblances certaines, l'exemple du concordat judiciaire, par lequel les créanciers d'un failli lui font remise d'une quote-part de ses dettes, et lui octroient un terme de paiement. Lui aussi, suivant les dispositions des articles 513 et suivants de notre code de commerce, ne peut produire effet qu'après une homologation du tribunal ; celui-ci ayant la faculté souveraine de la refuser pour de simples considérations d'équité (2). Or cela ne met pas obstacle à l'application, dans une large mesure, des règles ordinaires des contrats. C'est ainsi qu'il peut être annulé pour dol, — l'erreur et la violence étant écartées à raison de la garantie spéciale que procure ladite formalité, — et qu'il est susceptible en outre d'être résolu pour inobservation de ses engagements par le débiteur, exactement dans les conditions de l'article 1184 du Code civil. De même sont observés en ce qui concerne ces deux actions les délais de prescription prévus par les articles 1304 et 2262 (3). C'est pourquoi des auteurs aussi éminents que MM. Lyon-Caen et Renault n'hésitent pas à déclarer que « le concordat est une convention conclue entre le failli et ses créanciers », et se bornent à noter que, pour des raisons d'intérêt général, la loi déroge à son égard à certains principes du droit commun (4). Pourtant on compte au nombre de ces

(1) V. Japiot, *Traité élémentaire de procédure* (1916), n° 164 : « L'acte de juridiction gracieuse est un acte qui a l'apparence d'un jugement, parce qu'il émane d'un magistrat ordinairement chargé d'exercer la juridiction contentieuse, mais qui, au fond, est un acte administratif. Il se caractérise surtout par le fait que le juge intervient en dehors de tout litige. Il n'a pas l'autorité de la chose jugée et n'est pas susceptible, en principe, des voies de recours proprement dites ».

(2) Il n'a pas par contre le droit de modifier l'acte qui lui est soumis. Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Droit commercial* (14e éd. 1924), n° 1153.

(3) Art. 518 et 520 c. co. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1168. La situation néanmoins est assez curieuse, car la voie de l'appel coexiste avec la voie de nullité. Cette conséquence est déduite du silence de l'article 583 qui énumère les jugements rendus en matière de faillite, contre lesquels l'appel n'est pas admis. Lorsque le tribunal refuse l'homologation, ce recours est ouvert à tout intéressé ; lorsqu'au contraire il l'accorde, celui-ci n'est possible que s'il y a des créanciers opposants, et de leur part.

(4) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1150, cf. 1166.
Le concordat *judiciaire* est donc regardé par eux comme ayant au

derniers la maxime capitale « res inter alios acta... » qui joue également en matière de jugement ; puisque cet arrangement une fois homologué est opposable à l'ensemble des créanciers, y compris ceux n'ayant pas concouru à sa confection, ou même ayant refusé de s'y associer (1).

Par ailleurs, oserait-on raisonnablement soutenir qu'il existe entre les institutions anglaise et italienne, qui répondent à un besoin absolument identique et dont le rôle est tout à fait semblable, une opposition si fondamentale sur le plan de l'analyse juridique, alors que l'une et l'autre, ont pour base le consentement mutuel des époux ? A notre sens, si l'on peut assurer que le « separation deed » est un contrat pur et simple, on doit d'autre part présenter la « separazione consensuale » comme une convention dont la conclusion, les effets et la résolution, sont soumis au contrôle de l'autorité publique ; contrôle pouvant même comporter, dans l'intérêt supérieur de la Société, au profit de ses représentants qualifiés, le pouvoir de modifier la volonté exprimée par les parties sur certaines clauses du pacte, en plus du droit de le priver de toute efficacité par le refus de l'exequatur requis par la loi.

Par conséquent, suivant que le législateur français croira devoir s'inspirer davantage d'un modèle ou de l'autre, il y aura lieu de retenir l'une plutôt que l'autre formule, en lui apportant toute retouche convenable, car il n'existe entre elles aucune antinomie.

fond la même nature juridique que le concordat *amiable*, c'est-à-dire non homologué, qui est valable dans certaines hypothèses.

(1) Art. 516 c. co.

A l'égard des créanciers ayant librement consenti le concordat, après discussion avec le failli, son caractère contractuel ne soulève pas de difficulté, mais à l'égard de ceux l'ayant refusé, et à qui il se trouve imposé par le vote de la majorité, ratifié par le tribunal de commerce, l'affirmation paraît au premier abord choquante. Nous pensons néanmoins que la même conclusion s'impose vis-à-vis d'eux, car, en réalité, la majorité est dans ce cas investie par la loi du pouvoir de *représenter* l'ensemble des créanciers, et de conclure en son nom sous le contrôle de la justice.

CONCLUSION

Il est toujours très imprudent d'escompter dans un avenir très proche le succès d'une thèse juste, surtout lorsqu'elle se propose d'apporter à la loi qui est en vigueur une modification, même restreinte. C'est en effet attendre d'une parole, qui ne sera entendue que d'un tout petit nombre, un retentissement bien considérable. C'est, en outre, le plus souvent se faire illusion sur la portée exacte d'une idée, à laquelle forcément on attache une importance proportionnée à l'effort qu'on lui a consacré. Si des réserves s'imposent donc, en général, à tout novateur sur l'appréciation des chances de réalisation future d'un projet de réforme, il doit en être ainsi plus particulièrement lorsque celui qui le présente n'a d'autre compétence pour le faire que sa bonne volonté, et d'autre autorité que sa conviction d'être dans la vérité. Aussi nous garderons-nous de penser que notre modeste travail puisse exercer, par lui-même, sur l'élaboration du Droit de demain une influence quelconque.

Cependant, si, déjà par la nouveauté de son titre, cette étude pouvait attirer l'attention sur une question jusqu'ici méconnue et montrer l'intérêt qu'elle mérite, nos peines auraient leur récompense. Est-ce donc manifester une ambition trop grande, que de souhaiter simplement de voir reprise et répandue par d'autres, qui seront qualifiés pour la faire triompher, la conclusion d'une information consciencieuse et patiente.

Vu : le Président de la thèse,
MARC DESSERTEAUX.

Vu : le Doyen de la Faculté de droit,
M. VIGNES.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 30 octobre 1929.
Pour le Recteur
de l'Académie de Dijon
Le Doyen délégué,
G. DAVY

PIÈCES JUSTIFICATIVES

I

Anno Domini millesimo quingintesimo vicesimo nono die jovis post festum sanctissimi sacramenti altaris.

In causa promotoris causarum officii curiae trecencis eo nomine actoris seu delatoris contra Petrum Billart et Magdalenam ejus uxorem apud locum de Essartis, trecensis diocesis, commorentes reos.

Ipsa die dictis partibus presentibus personaliter pro se ipsis unacum honorabilibus et providis viris magistro Nicolas de Rothière in decretis licentiato et Johanne Burot, clerico curie trecensis, tabellione dicte rei et magistro Johanne de Hemeles, in legibus licentiato ac Johanni Morisot, predicte etiam curie tabellione ante dicti rei, in hac parte respective consiliaris secum in hac parte assistentibus comparentibus in judicio coram nobis officiali trecensi.

Supradictus promotor suam contra affatos reos coram nobis faciendo peticionem, suum formando propositum, diccit et proposuit quod, licet diu est prefati rei sunt et fuerunt invicem matrimoniales copulati et teneantur simul et in communitate bonorum vivere et morari, nichilominus ipsi rei sese ab invicem separaverunt absque auctoritate justicie, in hoc gravissime delinquentes, quodque premissa omnia et singula vera sunt, notaria et manifesta, eaquei idem rei pluries cognoverunt et confessi fuerunt fore et esse vera ; quare petiit et conclusit dictus promotor contra affatos reos ut ipsi rei per nos nostramque sententiam diffinitivam condannentur, condennatique cogantur et compellantur viis et censuris nostris ecclesiasticis mediantibus simul redire et ut virum et uxorem ac veros conjuges decet morari et in communitate bonorum vivere, condannentur in emendam ac alias puniantur secundum casus exigentiam et in expensis dicti promotoris in hac causa factis de fiendis protestando similiter condannentur eidem rei offerens se dictus promotor de premissis ad sufficientem probaturum...

(Le registre ne rapporte pas la décision de l'official.)

Archives de l'Aube, G. 4209, f° 1.

II

Item martis post Luciam [15 décembre 1507].

Hac die coram nobis officiali trecensi judicialiter comparentibus Johanne le Tartrier seniori et Johanna ejus uxore, qui nobis exposuerunt et eorum mediantibus juramentis asseruerunt quod tanta discordia erat et est inter ipsos quod simul remanere sine earum animarum periculo non possent,, petendo a nobis instanter fieri divorcium inter eos, insequendo appunctuamentum per eos, ut dicebant, de et super premissis faciamus, videlicet quod ipsa Johanna eundem suum maritum et suos heredes quictavit, quictat, quictavit de suo dote, ipseque Johannes etiam promisit eidem sue uxori reddere et restituere omnia bona que penes se habet, ipse Johannes necnon pecunias per eum receptas, si quas receperit, de revenutis predicte Johanne, proviso etiam quod ipsa Johanna tenebitur solvere sua debita et vice versa predictus Johannes tenebitur sua debita solvere ; quibus sic actis et per nos auditis, attenta dictorum conjugum assertione necnon eorum senectute divorcium inter eos celebravimus quoad bona et mutuam servitutem.

Archives de l'Aube, G. 4191, f° 151, r°.

III

Separatio conjugum.

Universis, etc. Noveritis quod, in nostra presencia propter hoc personaliter constitutis tali viro et tali ejus uxore, dicta uxor nobis intendavit et exposuit quod dictus ejus maritus est prodigus homo, dispensator et devastator bonorum communium inter eos, malus et improvidus administrator, mali regiminis et eciam continuus frequentator tabernarum et lusor taxillorum, ita quod ipsa talis, ut asserit ac verisimiliter, timere debet ne ipse talis, tractu temporum futurorum, de malo in pejus prosyliando et procedendo, residuum bonorum suorum dissipet et devastet, et per hoc ipsa talis non haberet unde posset sibi in victus et vestitus necessarios ministrare, ymo ad inopiam vergeret et vita forte inhonesta quod pejus esset desolata remaneret ; nobis ob hoc supplicando humiliter per nos sibi de re-

medio oportuno provideri, videlicet ipsos conjuges per nos separari quoad bona et decerni ipsos vivere separatim causis et racionibus supradictis ; dicto tali eciam dicente et asserente (1) dictam suam uxorem verbis, gestu et regimine suis iniquis, perversis et odiosis sibi ingratam existere, adeo quod ipse talis non potest absque ipsorum corporum enormi periculo cum ipsa tali passifice morari nec conversari, nobisque propter hoc supplicante (2) per nos ulterius procedi ad separacionem bonorum communium predictorum. Et quia, per juramenta et deposiciones plurium fide dignorum testium super hoc juratorum coram nobis, fuimus legitime informati de premissis, ac nichilominus juramentis ipsorum conjugum corporaliter prestitis ad sancta Dei evangelia coram nobis et alias nobis constat legitime quod premissa non sunt simulata et quod in eisdem fraus sive dolus nullatenus intervenit, nos, auctoritate nostra ordinaria, decernimus ipsos conjuges fore separandos quoad bona, et divisionem coequalem fieri de bonis communibus inter ipsos, eosque vivere separatim, ita quod eorum alter in bonis alterius non possit de cetero aliquod jus petere, seu eciam reclamare, nisi tamen de consensu processerit utriusque, ymo ad ipsorum quolibet de faciendo alter alteri bonam et legitimam de bonis communibus inter ipsos partem et porcionem exegimus juramentum ; dictoque tali inhibentes nichilominus, ad requestam dicte talis hoc a nobis cum instancia requirentis, ne ipse, sub pena excommunicationis et X marcharum argenti domino aurelianensi episcopo applicanda, dicte tali forefaciat aut forefieri procuret per se vel per alium in corpore vel in bonis ; dicte eciam tali precipientes, sub eadem pena, quatenus dicto suo marito, in loco tamen tuto et honesto, si per eum super hoc fuerit requisita, reddat debitum conjugale. Datum teste sigillo nostro, anno Domini M°CCC°lxx°vij°, etc.

Bibliothèque de Tours, ms. 663, f° 172 v°, 173 r°
(N. R. H. 1914, pp. 450, 451.)

IV

In causa promotoris contra Geoffredum Picard et ejus uxorem... [plusieurs mots illisibles]... nominati rei consimul predicte partes conscentientes divortium inter eos celebrari, quare divortium inter

1. Ms. asserante.
2. Ms. supplicatione.

eosdem celebramus quoad bona et mutuam servitutem et injunctum fuit eis vivere caste et reddere debite carnalem alter alteri et ... [?] per alium super haec requisitis in loco tamen tuto et insuper fuit eis injunctum facere partagium et ultra facere fuit inhibitum predicte ree ne de cetero... [?] cum quodam fratre Claudio religione de Chantemerle, sub pena excommunicationis et vigenti librarum turonensium et promisit dicta rea solvere expensas et litteras predicto suo marito.

Archives de l'Aube, G. 4189, f° 168 r°.

V

A Monsieur le Révérend Official de la Cour Archiépiscopal de Besançon le siège vacant.

Supplient humblement lesd. Gérard Lechailler négotiant de lad. ville et demoiselle Jeanne-Françoise Pyot son épouse, et disent qu'au mois de septembre 1749 ils reçurent la Bénédiction nuptiale sans avoir put connestre si leurs caractères simpatiseroient à cause de l'éloignement de leur domicile : le cosupliant étant originaire de Besançon et la cosupliante native de Montmirey-le-Château. Dès la célébration de leur mariage ils ont malheureusement éprouvé l'antipathie et la contradiction de leurs humeurs, elle est pour eux une source de troubles et de division continuelle, à tel point que depuis quelques mois ils n'habitent plus ensemble à cause des querelles et des batailles auxquelles ils sont journellement exposés, si vrai que le bruit en étant venut à la Rue, le cosupliant fust conduit sur la fin du mois de septembre dernier au Corps de Garde par les soldats de garde ; outre les scandales qu'elle a causé dans le public par l'affluence du peuple qui s'est attroupé en plusieurs fois différentes, pour venir au secours et assister au spectacle, il est plus d'une scène où le cosupliant s'est vus exposée à la risée du monde de sorte que les suppliants ne sont pas seulement en butte aux railleries du publique, mais encore exposés à recevoir des coupts dangereux et mortelles l'un de l'autre ainsi que du peuple qui y accourt à grand coup de pierre dans leurs allée et contre leur boutique, jusque là qu'ils ont été obligés de prendre une fois un soldat de garde pour estre en faction à leur porte une partie de la nuit.

L'intime conviction où ils sont que les esprits ne se réuniront pas citost, qu'une même demeure ne feroit qu'augmenter le divorce et la discussion, pénétrés d'ailleurs qu'ils ne peuvent se rapprocher et

vivre en sûretée de conscience dans une aversion réciproque et que la présence des objets ranime à chaque instant, ils ont pris le party de se séparer volontairement pour 3 ans dans l'espérance que cette interruption de cohabitation pourroit éteindre ces mouvements qui les divisent et ramener dans cette intervalle la conciliation, la paix et l'amittié.

Le cosupliant en conséquence se soumet de relacher à son épouse son trouseau, la jouissance des fonds qui luy ont été relachés par traités de mariage, et en outre il luy assure une pension de 50 livres annuellement en conformitée des arrangements qu'ils ont prit ensemble.

La cosupliante d'autre côté s'est soumise d'aller vivre chez le sieur Pyot son père, comme étant la demeure la plus décente qu'elle puisse choisir, mais persuadés qu'ils ne peuvent légitimement prendre cette résolution sans se faire authoriser du juge d'Eglise ils ont recours à votre authorité, Monsieur, pour qu'il vous plut confirmer cette séparation pour 3 année.

L'Eglise les authorise tous les jours quant il y a juste sujet de le faire : il n'en est point de plus pressant que celuy qui fait agir les suppliants, la triste épreuve qu'ils ont faite les a déterminés à former ce projet, tout violent qu'il fust, comme le plus propre à remettre le calme dans leur âme, à faire cesser la discorde qui les agite et à donner à leur conscience le repos qu'elle n'a pas eut jusque icy.

Ce considéré Monsieur, il vous plaise déclarer que du consentement des parties les suppliants pourront se séparer de corps pendant l'espace de 3 année, à charge par le cosupliant de fournir à son épouse les aliments et entretiens relativement aux soumissions cy dessus énoncé, et par la cosuppliante de se retirer pendant led. espace de 3 ans chez le Sr. Denis Pyot son père pour y vivre conformément à la modestie de son sexe et au devoir de son état et feres bien.

G. Lechailler,
Jeanne-Françoise Pyot-Leschailler,
Comme ayant charge de mon père Denis Pyot,
N. Pyot.

[Mentions en marge.]

Soit communiqué au curé des parties pour sur son avis être ordoné ce que de raison, à Besançon, ce 5 janvier 1755.

Dutatre, Official.

Le soussigné Curé des parties estime qu'attendu les disputes continuelles qu'elles ont ensemble et la contrariété de leurs humeurs, qu'il a essaié lui-même plusieurs fois mais toujours inutilement de concilier, on peut leur accorder les fins de leur requête.

A Besançon, le 5 janvier 1755.

DE VILLEFRANCOIS,
Curé de Sainte-Madelêne.

Vu la présente requête, notre apointement de soit communiqué au curé des parties mis en marge en date du 5 du courant, l'avis de M. de Villefrançois, curé de la Magdeleine dans la paroisse de qui résident les parties mis à la suite en date du même jour, nous avons séparé et séparons les supliants pour 3 ans de lit et de demeure, à charge par la supliante de se retirer comme elle s'y est soumise chez le Sr Denis Pyot son père au lieu de Montmirey, pendant lesd. 3 ans.

A Besançon ce sept janvier mil sept cent cinquante cinq.

DUTATRE, Official.

Insinué à Besançon le 20 janvier 1755... 24 livres.

JAUGUIN.

Archives du Doubs, G. 581.

VI

[sur la garde] : « Double de l'acte de séparation volontaire et dissollution de comunauté entre Anatoile LOYE et Jeanne Claude HUOT sa femme.

Date : 2 juillet 1749.

Comme il soit que Anatoile Loye maître cordonnier, citoyen de Besançon et Jeanne-Claude Huot sa femme, soient depuis plusieurs années brouillés ensemble de façon qu'ils ne peuvent se parler ny même se voir et se souffrir, disant en avoir plusieurs motifs et raisons graves respectivement l'un contre l'autre ; et principalement à cause d'une antipathie d'humeur insurmontable, étant même sur le point l'un et l'autre de former leurs plaintes en justice, et d'exposer leurs griefs au grand jour ; les Conseils des parties, personnes sensées

et judicieuses, même de l'ordre ecclésiastique, voyant les choses sur le point d'éclatter de manière à convertir leur indifférence en une haine implacable, et bouleverser leurs familles, en s'accusant mutuellement et se reprochant quantité de choses vraies ou fausses, ce qui les exposeroient au mépris du public, et même les jetteroient dans de grands frais qu'elles ne sont point en état de supporter sans se déranger considérablement, les ont engagées à se raprocher pour un moment à l'effet de traitter à l'amiable et convenir d'une séparation volontaire pendant quelques années, dans l'espérance que pendant ce tems les raisons de leur mutuel éloignement cessant, elles pourroient renouer et reprendre l'estime et l'amitié qu'elles doivent avoir l'une pour l'autre. A quoi ayant déféré furent présents pardevant le Notaire Royal soussigné led. Anatoile Loye de l'autorité de Charles Loye son père pour ce présent, d'une part, et laditte Huot de l'autorité de son mari d'autre part ; lesquels ont volontairement traité et sont convenus de ce qui suit, savoir : qu'ils vivront séparément pendant 4 ans consécutifs à compter de le présent jour, que pendant ce tems ils iront demeurer où ils voudront et feront chacun en leur particulier les entreprises et négoces qu'ils jugeront à propos sans se rendre aucun compte et sans que pendant tout ce tems il y ait de communauté entre eux ; que led. Anatoile Loye pendra ses meubles, hardes et effets et lad. Huot ses nippes, linge, hardes servant à sa personne, de même que son troussel en l'état que le tout est actuellement ; que led. Loye se chargera de l'éducation, nouriture, et entretient de Etienne et Claudinette Loye leurs enfants ; que led. Loye ne sera point chargé de la nourriture et entretient de laditte sa femme ni de lui fournir aucune chose ; qu'il ne répondra pas et ne sera point garrant de ses faits et entreprises, entendant seulement quant à ce lui pretter son consentement, la soustraire de son autorité et la rendre libre comme elle étoit avant son mariage, sans cependant qu'elle puisse vendre ny engager que par son autorité expresse, qu'il se réserve à cet égard seulement pour la lui conférer quand il le jugera à propos en connoissance de cause ; qu'il relachera à lad. Huot sa femme la jouissance de la rente en capital de Quatre cents francs Comtois, à elle cédée en paiement de partie de sa dot par son contrat de mariage, pour en percevoir les intérêts annuellement ; qu'il ne sera tenu de lui donner et fournir aucune autre chose ; que lad. Huot ne pourra rien demander ni exiger de plus dud. Loye son mari, pas même de sa dot ni de ses droits matrimoniaux qui demeurent néanmoins au même état d'assurance et d'hipotèque conformément à sondit contrat de mariage, lequel à cet égard est maintenu

dans toute sa force et vertu sans dérogation ni novation pour ce qui regarde la comunauté de biens, laquelle sera seulement interrompue pendant le tems de 4 ans ;

Et comme il vient d'être dit que la communauté de biens sera interrompue entre lesd. Loye et Huot, mari et femme, et que l'on pourroit objecter à la suite que led. Loye doit rendre compte des effets de celle qui a été entretenue jusqu'à présent, ils ont jugé à propos l'un et l'autre de déclarer que de leur mariage jusqu'au présent jour ils n'ont fait aucune acquisition ; et qu'au contraire ils ont été obligés de vendre et de s'endetter pour pourvoir à leur subsistance et à celle de leurs enfants : une des raisons qui les ont engagés à vivre et demeurer séparément.

Ainsi le tout traiter et volontairement connu et stipulé entre les parties promettant, obligeant, renonceant, etc..., fait, lu et passé à Besançon le second juillet Mil sept cent quarante neuf avant midi en l'étude et par devant Moi, Antoine Alexandre Barbier Notaire Royal Citoyen, en présence d'Alexis Lambert et de François Cornuel demeurans aud. Besançon, témoins requis.

Et justamment led. Anatoile Loye et lad. Huot sa femme ont reconnu et déclaré qu'ils avaient pris et prélevé : scavoir led. Loye ses meubles, hardes et effets et lad. Huot ses nippes, linge et hardes servant à sa personne de même que son troussel de tout huit, ses habits de noce, son lit, son buffet et son coffre avec la grosse de lad. rente en capital de Quatre cent francs, dont ils sont contens s'en faisant quittance et décharge mutuelle sans qu'ils puissent répéter l'un à l'autre aucune des choses cydessus spécifiées.

Signés sur la minute : Anatoile Loye, Charles Loye, J.-C. Huot Lambert, f. Cornuel et Barbier notaire.

Controllé à Besançon ce douze juillet 1749, reçu douze livres, insinué aud. lieu reçu sept livres quatre sols signé : Jauguin.

Barbier.

Double pour le Sr Loye père.

Archives du Doubs, G. 706.

VII

A touz ceulx qui verront et ouront ces présentes lettres, Jacques Paris de la Gaisse, Bailli de Dijon, salut. Saichent tuit que Lore, femme feu Demoigeot Esclairie de Dijon et à présent femme de

Pierre le Genevoix de Chableux, demorant à Dijon, naguères fit à Madame la Duchesse de Bourgogne, comtesse de Flandres, d'Artois et de Bourgogne, une requeste par escrit contenant en effet et substance que comme elle de tout son temps ait esté et soit encorre femme honneste et de bonne conversation, de bon fame et renomée, sanz ce qu'elle eust onques aucun villain reproche, et il soit vrai qu'il ait cinq ans ou envoiron que ladicte Lore esposa ledict Pierre, depuis [f° 66 r°] le quel temps il a mené moult dure vie à la dicte Lore, la villennée et batue très outraigeusement par plusieurs foiz, senz aucune cause ou occasion souffisante. Et avec ce ycellui Pierre a mené très mauvaise vie et deshonneste de son corps, en tenant et gouvernant garces, et mesmement en l'ostel de la dicte Lore, à son domicille et en la compaignie de la dicte sa femme, et ailleurs publiquement et notoirement. Et que, pour occasion dicelles garces, il a laissié la compaignie de la dicte Lore par pluseurs foiz par un temps, sanz venir ne repairier avec elle aucune foiz par demi an ou plux. Et encor à présent l'a du tout laissié, passé sont trois mois et plux, senz lui administrer son estat, senz lui avoir cure de administrer sa personne ne son estat. Et que pour cause de sadicte mauvaise vie, il a despendu grandement des biens de lui et de la dicte Lore, folement et excessivement, et converti en mauvais usaiges. En oultre, pour acomplir et plux persévérer en sadicte mauvaise vie, a contrainte ycelle sa femme, par force de copz et de batures qu'il li a fait, consentir à vendre plusieurs de ses heritaiges et empourté de fait l'argent et pluseurs de ses biens meubles, desquelz il a venduz les aucunz et les aultres mis en gaige. Et tellement l'a gouvernée qu'il a gasté et discipé la plux grant partie de ses biens meubles et héritaiges, sanz ce qu'il ait prins ne volu pranre ne avoir aucune diligence de gouverner sa dicte femme, comme bon mary doit faire, ne faire à elle ses necessités comme appartient à elle selon son estat. Avec ce de l'éritaige qui li est domoré, par son dit mauvaiz gouvernement, est en voie de cheoir en desercion et elle mesme de avoir grant deffaut et povreté en sa personne de son estat. Et pour ce querroit ycelle Lore à ma dicte dame a elle sur ce estre pourveue, afin qu'elle peust sauver le demeurant de ses diz biens, et d'iceulx elle gouverner et vivre et soustenir elle et son estat, et li donner povoir, auctorité de vendre iceulx biens tant meubles comme héritaiges pour son vivre et soustenir son estat et iceulx biens gouverner, de ester en jugement en demandant et deffendant, de faire contraux vaillables, comme puet faire personne estant en sa propre et liberal puissance. Et généralement de faire toutes aultres choses que en tel cas appar-

tient ; laquelle requeste nous fust envoyée, et mandé par ma dicte dame que sur ce nous feissiens raison à la dicte complainte.

Et sur ce nous mandasmes par noz lettres à la requeste de la dicte Lore, souffisamment auttorizée quant ad ce, de nous adjourner à Dijon, par devant nous, ledit Pierre son mari à certain jour à sa personne, se trouver le povot l'on, et senon à son domicille où il avoit acoustumé demorer et repairier et aux personnes de ses voisins, pour reppondre à la dicte Lore au contenu [f° 66 v°] de la dicte requeste, et ycelle deffendre sur ce pour tant comme raison devroit ; le quel Pierre fuit adjourné par Guillaume Troismailles, sergent du maieur de Dijon, pardevant nous à son domicille et aux personnes de ses voisins, par la manière que dit est, au mercredi avant Pasques Charnelx darrier passé. Au quel jour la dicte Lore se présenta et comparut souffisamment encontre le dit Pierre son mari et actendit tant comme elle dehut ; lequel Pierre ne vint, comparut, ne aultres pour lui. Et pour ce obtint deffaut contre lui la dicte Lore. Et en l'absence de son dit mary proposa les choses dessus dictes avoir esté faictes et commises par son dit mari, en les offrant de monstrer se besoing estoit ; en concluant estre par nous auttorizée par la manière que dessus est dit. Par vertu duquel deffault nous mandasmes radjourner le dit Pierre, mary d'icelle Lore, par la manière que dit est ci dessus par noz aultres lettres, à Dijon, par devant nous, au semady après quasimodo darrier passé, pour respondre à la dicte sa femme au dit contenu de la dicte requeste. Et pour donner ou veoir donner de nous à ycelle sa femme la dicte auctorité et puissance, ou pour dire au contraire ; en faisant intimation que s'il ne venoit au dit jour nous procéderiens en ce pour tant comme raison devroit, lequel fut adjourné à son dit domicille et à la personne de ses voisins, pardevant nous, au dit semadi et luy faicte l'intimation que dit est par Jehan de la Mote, sergent de Mons. le Duc. Auquel semadi le dit Pierre ne vint, comparut, ne autres pour lui, la dicte sa femme comparaissant souffisemment tant comme elle dehut encontre ledit son mary. Et pour ce obtint déffaut encontre lui en proposant de rechief les choses dessus dictes en l'absence dudit son mary ; en concluant à la fin que dessus. Par vertu du quel deffaut nous mandasmes radjourner de rechief à la requeste de la dicte Lore le dit Pierre son mary à Dijon, par devant nous, au mercredy le diemenche que l'on chante en saincte eglise jubilate Deo darrier passé, pour respondre à la dicte sa femme au dit contenu de la dicte requeste, et pour faire ou veoir faire par nous ce que dit est dessus et lui faire l'intimation que dit. Liquelx Pierre fuit adjourné, en la manière que dit est, au dit

mercredi à Dijon par devant nous et faicte la dicte intimation par Jehan Richart, sergent de mon dit seigneur, au quel mercredi ycelle Lore se présenta et comparut devant nous et attendit souffisamment tant comme elle deust encontre le dit son mary [f° 67 r°], liquelx son mary ne vint ou comparut ne aultres pour lui. Et pour ce obtint deffaut ycelle Lore. Et proposa en l'absence d'icellui Pierre son mary les choses dessus dictes, en concluant à la fin que dessus. Et nous quit très instamment la dicte Lore que de ses choses nous nous informessiens, afin d'elle autorizer par la manière qu'elle le queroit ci dessus. A la quelle requeste nous obtemperasmes et commeismes Jehan le Nain, clerc juré de nostre Court, a enquérir et informer des choses dessus dictes la vérité, et nous rapourter ce qu'il en trouveroit afin de plux mehurement procéder en ladicte besoigne. Et après ce, par vertu des diz diffaulz, nous mandasmes radjourner à Dijon par devant nous ledit Pierre à la requeste d'icelle Lore à aujourd'hui, par vertu de noz aultres lettres données sur ce, pour descoulper lesdiz diffaulz, se faire le povoit bonnement, et respondre sur les choses avant dictes à la dicte sa femme auttorizée de nous souffisamment quant à ce, ensemble ladicte intimation, et par la veoir auttorizier par nous par la manière qu'elle le queroit ci dessus. Liquelx Pierre fuit adjourné, par la manière que dit est, au dit jourd'ui par devant nous par ledit Jehan Richart, sergent de mon dit seigneur, et l'intimation faicte comme dit est. Au quel jour la dicte Lore s'est présentée et comparue par devant nous encontre le dit son mary, et attendit souffisamment tant comme elle dehut, liquelx son mary ne vint, comparut, ne aultres pour lui. Et pour ce nous quist ycelle Lore deffaut à elle estre donné, le quel deffaut nous lui outtroiasmes. Et par vertu desdiz deffauts, considérant sa diligence, les contimaces de son dit mary, la probation qu'elle a faicte par l'information que nostre dit clerc et commis a sur ce faicte, laquelle il nous a appoinctée en la manière qu'il appartient, nous lui donnessions auctorité et puissance de gouverner elle et ses biens quelxconques, d'en vivre et soustenir son estat, de ester en jugement par devant touz juges quelxconques, tant en demandant comme en deffendant, de faire toutes manières de contraux quy fussent vaillables, comme se faiz estoient par personne estant en sa propre et libéral puissance, vendre et aliéner les biens meubles et héritaiges, pour soy gouverner en la manière que dit est, et generalement de faire tout ce que en tel cas appartient. Et sur ce meissiens et interposessiens nostre auctorité et decret. Et ces choses nous requit ces choses ainsi estre dictes, faictes et declairées par nostre sentence diffinitive.

Pour quoy, veu le contenu de la dicte requeste, la diligence d'icelle Lore, les contimaces de son dit mari, la dicte information faicte sur les choses dessus dictes. A ycelle Lore avons [f° 67 v°] donné et donnons, de nostre office et en tant comme nous le pouvons le faire deuement, puissance et auctorité de soy et touz ses biens gouverner en son chief, et d'en vivre et soustenir son estat raisonnable, de ester en touz jugements en demandant et en deffendant en toutes causes, de poursuir, requerir et demander ses droiz, actions, raisons, de admodier et accenser ses dis héritaiges, de demander et recevoir les proffiz et émolumens d'iceulx et d'en faire quittance, de faire touz contraux licites et honnestes, lesquelx nous déclairons valoir telx et de telle vertu, come se faiz estoient par personne estant en sa propre et libéral puissance, et, se mestier est, de vendre et aliéner sesdiz héritaiges pour ses vivres et nécessités quant besoing sera par l'auctorité de nous ou de nostre lieutenant. Et a ceste présente auttorisation et puissance avons et interposé mettre et interposons nostre auctorité et décret. En tesmoing de la quelle chose, nous avons fait mettre à ces présentes le grant scel de nostre court à ces présentes. Donné le mercredi vaille de l'assencion nostre seigneur, l'an mil CCCIIII^{xx} et dix. Ainsi signé : J. le Nain.

A toux ceulx qui verront et ouront ces présentes, Jehan Baudot, maieur de la ville et commune de Dijon, salut. Savoir faisons que nous avons receues les lettres de noble homme et saige mons. le bailli de Dijon, parmi les quelles ces présentes sont annexées, à nous présentées par Lore femme feu Demoingeot Esclairie de Dijon à présent Pierre le Genevoix de Chableux nommé en ycelles. Lesquelles nous, à la requeste de la dicte Lore, avons publiés, notiffiés et signiffiés publiquement et généralement en nos jours tenans, et icelles fait lire judiciellement de mot à mot selon la teneur d'icelles, senz riens laissier. En tesmoing de la quelle chose, nous avons fait mettre le scel aux causes de notre court en ces présentes lettres, faictes et données le diemenge après la feste des Appostres sains Symon et Jude, l'an mil CCCIIII^{xx} et dix. Ainsi signé : Bourlée.

(*Arch. de la Côte-d'Or*, B. 11.309, f° 65, v° à 67 v°).

VIII

Comme ainsy soit que dans le 9° febvrier 1644, M^{e} Pierre Baron, conseiller du roy et lieutenant général en l'admiraulté de Xainctonge,

et damoizelle Judict Lalouhé, vefve de Fransois Baudouyn, sieur de Brye, eussent passé contract de maryage, et, incontinent après icelluy, ledict sieur Baron heust pris le maniement des biens de ladite Lalouhé et de ses enfants, et d'iceux faire former à diverses personnes et autres actes, que lesdictz sieur Baron et damoizelle Lalouhé ne dezirant avoir rien de commun, aings au contrayre se voullant départir dudit contract de mariage, ont transigé en la forme quy s'ensuit. Pour ce est il qu'aujourd'huy cinquiesme de may 1646, par devant moy notayre royal soubzsigné, et présantz les témoings bas nommés, ont esté présantz, et personnellement establis en droict, ledict sieur Baron, demeurant en la ville de Marennes, d'une part, et ladicte damoizelle, demeurant au lieu d'Avallon, paroisse d'Arverd, d'autre. Les quelz se sont vollontayrement et de leur bon gré départis dudit contract de mariage, sans que lesdictes parties entendent ny veuillent à l'advenir s'en prévalloir en façon quelconque, ny cohabiter ensemble. A quoy sieur Baron a rendu et faict remploy à ladicte demoizelle Lalouhé de tous les meubles, obligations et contractz de fermes par luy faictz des biens de ladicte Lalouhé, pour se faire payer des prix d'icelles comme estant de son bien ; et que s'il a d'autres papiers qui la consernent et seroient entre les mains et disposition dudict sieur Baron, il promet les rendre de bonne foy et pour les autres elle s'en empare et en dispoze comme bon luy semblera...

Au bourg d'Arverd. Présentz Me Estienne Blanchard, sieur Dubois, Pierre Trébuchet, marchand, demeurant audit bourg de La Tremblade, les jour et an susdicts. Ensemble en présence de Me Cosme Bechet, Charles Blanchard, Elizée Bechet, Me Samuel Gigneau et Jehan Devaulx, demeurans ausdicts bourgs d'Arverd et La Tremblade... (suivent les signatures).

Revue de Saintonge et d'Aunis, 1er mai 1901, p. 182.

IX

Pardevant Maître ..., Notaire à Dijon, soussigné :

A COMPARU :

Monsieur X..., demeurant à Dijon...

Agissant :

1° Comme mari et maître des biens de son épouse ci-après nommée.

2° Comme co-tuteur de :

1° Julie Hortense Simone Y..., née à ..., le quatorze janvier mil neuf cent sept.

2° Christiane, Suzanne Y..., née au même lieu le dix septembre mil neuf cent treize.

Toutes deux mineures, issues du premier mariage de Madame X, ci-après nommée, avec Monsieur Y...

Lequel, a, par ces présentes, constitué pour sa mandataire,

Madame ..., sans profession, veuve en premières noces de Monsieur Y, ci-dessus nommé, son épouse en secondes noces, avec lequel elle est domiciliée de droit à Dijon, ..., mais résidant de fait à Dijon, ... et de lui autorisée à l'effet de tout ce qu'elle fera en vertu et dans la limite de ce mandat.

A laquelle il donne les pouvoirs suivants :

1° Gérer et administrer tant les biens de cette dernière, que ceux de ses enfants mineurs sus-nommés ;

2° Recueillir les successions échues et qui pourront échoir à ladite dame, ainsi qu'aux dites mineures, recueillir également tous legs universel à titre universel ou particulier, faits à chacun d'eux ou conjointement.

Requérir toutes appositions de scellés ou s'y opposer, en demander la levée avec ou sans description, faire procéder à tous inventaires, faire pendant le cours des opérations, tous dires, réquisitions, déclarations, protestations et réserves.

Prendre connaissance des forces et charges de ces successions et legs, les accepter purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire ou même y renoncer, faire à tous greffes qu'il appartiendra toutes déclarations et affirmations nécessaires.

Faire procéder, s'il y a lieu à la vente du mobilier, avec ou sans attribution de qualité, introduire tous référés pour la vente du mobilier et l'administration desdites successions ; obtenir toutes ordonnances, entendre les comptes relatifs aux ventes du mobilier et à l'administration de ces successions, en fixer les reliquats, les toucher ou payer.

Prendre aussi connaissance de tous testaments, codicilles et autres actes de libéralité, soit entre vifs, soit testamentaires, en consentir ou contester l'exécution, accepter ou consentir la délivrance des legs y portés.

Faire toutes déclarations, acquitter tous droits de mutation auxquels ces successions et legs pourront donner ouverture.

Procéder à l'amiable ou en justice à toutes liquidations et à tous partages de biens et droits indivis de communautés et successions,

composer les masses, faire et exiger tous rapports, faire et consentir tous prélèvements, former les lots, les tirer au sort ou les distribuer à l'amiable ; fixer toutes soultes, les recevoir ou payer, faire et accepter tous abandons, attributions, cessions et transports, laisser tous objets en commun, donner ou accepter tous pouvoirs pour les administrer ou pour en suivre le recouvrement, faire procéder à toutes licitations d'immeubles, acquérir la portion indivise de ces biens que Madame X, jugera convenable, défendre à toutes demandes qui pourraient être intentées, user à l'égard des biens et valeurs provenant de ces successions et legs, de tous les pouvoirs d'aliénation et autres, sans exception ni réserve qui sont contenues aux présentes.

3° Entendre, débattre, clore et arrêter tous comptes, en fixer, les reliquats actifs et passifs, les recevoir ou payer.

Passer et consentir tous baux et locations, à telles personnes, pour le temps et aux charges, conditions et loyer que la mandataire avisera, les proroger ou renouveler, donner et accepter tous congés, faire dresser et reconnaître tous états de lieux.

Acquitter tous impôts, faire toute demande en dégrèvement et en remise.

Faire toutes réparations qui seront nécessaires.

4° Toucher et recevoir tous loyers, fermages, intérêts de capitaux, arrérages de rentes et autres revenus échus et à échoir, même tous remboursements offerts ou exigibles, et généralement toutes les sommes qui sont et pourront être dues soit à Madame X, soit aux mineurs Y, par telle personne, à quelque titre et pour quelque cause que ce soit.

5° Retirer de toutes banques la totalité ou partie des valeurs qui y sont ou seront déposées, à cet effet signer toutes quittances et décharges, remettre tous récépissés constatant le dépôt de ces valeurs et faire tout ce qui sera nécessaire.

6° Faire le dépôt à toutes banques ou caisses publiques ou particulières de tous fonds et valeurs, toucher toutes avances sur dépôt de valeurs, consentir à cet effet tous émargements, retirer toutes valeurs déposées en garantie des avances, les transférer et aliéner, recevoir tous émargements échus et à échoir. Prendre tous coffre-forts en location et en retirer le contenu.

7° Provoquer toute réunion du Conseil de famille des mineurs Y, représenter le constituant à toutes assemblées dudit conseil de famille et autoriser tous actes relatifs à la tutelle ou à la curatelle,

prendre part à toutes délibérations, émettre tous avis, faire valoir ou rejeter, toutes excuses et dispenses.

8° De toutes sommes reçues ou payées, donner ou retirer quittances, consentir toutes subrogations avec ou sans garantie, se désister avec ou sans paiements de tous droits, actions, privilèges hypothèques, et hypothèque légale, donner également avec ou sans constatation de paiement, mainlevée de toutes inscriptions, saisies, oppositions et autres empêchements quelconques, consentir à toutes antériorités, faire et accepter toutes offres, opérer le retrait de toutes sommes consignées, remettre ou se faire remettre tous titres et pièces, en donner ou retirer décharge.

9° En cas de difficultés de la part de qui que ce soit et à défaut de paiement par tous débiteurs, exercer toutes les poursuites nécessaires, faire tous commandements, sommations, assignations et citations, paraître, tant en demandant qu'en défendant devant tous tribunaux de paix, se concilier s'il est possible, prendre tous arrangements, faire toutes remises, accorder termes et délais, transiger en tout état de cause, nommer tous experts et arbitres, leur donner tous pouvoirs et autorisations, s'en rapporter à leur décisions ou les contester, renoncer à tous appels et recours en cassation, à défaut de conciliation, se pourvoir devant tous tribunaux compétents, y former toutes demandes, défendre à celles intentées, constituer tous avoués et avocats, les révoquer, en constituer d'autres, intervenir dans toutes les instances, se pourvoir en garantie, interjeter tous appels ou défendre sur tous appels intentés, se pourvoir en cassation ou s'y défendre, faire toutes consignations, obtenir tous jugements et arrêts, les faire signer et exécuter par toutes les voies de droit, faire tous actes conservatoires, interrompre toutes prescriptions ou les opposer, former toutes oppositions, prendre toutes inscriptions hypothécaires ; procéder à toutes saisies mobilières et immobilières, consentir à leur conversion en vente sur publications volontaires, provoquer tous ordres et contributions, y produire, prendre part à toutes assemblées de créanciers, affirmer toutes créances, adhérer à tous règlements amiables, obtenir tous bordereaux de collocation, en toucher le montant.

Aux effets ci-dessus passer et signer tous actes, élire domicile, substituer une ou plusieurs personnes dans la totalité ou dans partie des présents pouvoirs avec faculté pour lesdits mandataires substitués de faire eux-mêmes toutes substitutions, révoquer tous mandats ou substitutions et généralement faire tout ce qui sera nécessaire.

DONT ACTE :

Fait et passé à Dijon
En l'Etude de Me ...
L'an mil neuf cent ...
Le ... mars
Et le comparant a signé avec le notaire après lecture faite.
Signé : ...
« Enregistré à Dijon... »

INDEX DES ABRÉVIATIONS

Les renvois au *Corpus Juris Civilis* et au *Corpus Juris Canonici* sont faits suivant le mode traditionnel, l'ordre logique des divisions étant toutefois rétabli, par exemple :

Ulpien, D. (ou ff.) VIII, 2 *de serv. praed. urb.*, xxi. — (Digeste de Justinien).

Alex. Sévère, C. VIII, 39 *de inut. stip.* ii. — (Code de Justinien.)

C. XXXIII, q. 5, c. xvii. — (Décret de Gratien.)

Alex. III. *X.* IV, 32 *de conv. conj.* c. xii. — (Décrétales de Grégoire IX.)

* * *

MGH.	*Monumenta Germaniae Historica.*
NRH.	*Revue Historique de Droit français et étranger* (et *Nouvelle Revue...*).
PL.	Migne. *Patrologiae Cursus Completus. Series latina ab aevo apostolico, ad tempora Innocentii III* (*anno* 1216) 221 v. in-8°.

* * *

Cl.	Clunet. *Journal de droit international privé.*
D.	Dalloz. *Recueil périodique et critique.*
DH.	Dalloz. *Recueil hebdomadaire de jurisprudence.*
G. P.	*Gazette du Palais.*
G. T.	*Gazette des Tribunaux.*
J. G.	*Jurisprudence Générale, Répertoire Dalloz.*
P.	*Pandectes Françaises.*
Pas.	*Pasicrisie belge.*

S. ..... SIREY. *Recueil général des lois et arrêts.*
S. chr. ..... SIREY. *Refonte chronologique.*

* * *

Ann. ..... *Annali di Giurisprudenza.*
Arch. Giur. ..... *Archivio Giuridico.*
C. Giur. ..... *Circolo Giuridico.*
Fil. ..... *Filanghieri.*
F. I. ..... *Foro Italiano.*
Giur. ..... *Il Giurista.*
G. Cas. ..... *Giurisprudenza di Casale.*
G. I. ..... — *Italiana.*
G. Trani ..... — *di Trani.*
G. Tor. ..... — *Torinense*
M. T. ..... *Monitore dei Tribunali.*
T. Gen. ..... *Temi Genovese.*
T. Ven. ..... *Temi Veneta.*

* * *

A. C. ..... Appellate Court ; Cases on Appeal ; Appeal cases, Chancery.
— (précédé par la date) .. Appeal Cases, Law Reports. House of Lords, depuis 1890.
Add. ..... Addam's Ecclesiastical Reports. 3 v. 1822-1826.
Atk. ..... Atkyn's Chancery Reports. 3 v. 1736-1754.
B. ..... Baron of the Exchequer.
B. & Ad. ..... Barnewall and Adolphus's King's Bench Reports. 5 v. 1830-1834.
B. & Ald. ..... Barnewall and Alderson's King's Bench Reports. 5 v. 1817-1822.
B. & C. ..... Barnewall and Cresswell's King's Bench Reports. 10 v. 1822-1830.
B. & P. N. R. ..... Bosanquet and Puller's New Reports Common Pleas. 2 v. 1804-1807.
Beav. ..... Beavan's Chancery Reports, Rolls Court. 36 v. 1838-1866.

Bing. N. C.	Bingham's New Cases, Common Pleas. 6 v. 1834-1840.
Bro. C. C.	Brown's Chancery Cases or Reports. 4 v. 1778-1794.
Bro. Ch.	Brown's Chancery Cases.
Bro. P. C.	Brown's Parliamentary Cases House of Lords. 8 v. 1702-1800.
Burr.	Burrow's Reports, King's Bench. 5 v. 1750-1772.
C. B. N. S.	Common Bench Reports, New Series par Manning, Granger et Scott. 20v. 1856-1865.
Ch. (précédé par la date)	Chancery Cases depuis 1890.
Ch. App.	Chancery Appeal Cases. 10 v. 1865-1875
Ch. D.	Chancery Division, Law Reports. 45 v. 1875-1890.
CL. & F.	Clark and Finnelly's Reports, House of Lords. 12 v. 1831-1846.
Cox. Eq.	Cox's Reports, Chancery. 2 v. 1745-1797.
D. F. & J.	De Gex Fisher and Jones's Reports Chancery. 4 v. 1859-1862.
De G. F. & J.	Voir D. F. & J.
De G. & J.	De Gex and Jones's Reports Chancery 4 v. 1857-1859.
De G. M. & G.	De Gex, Macnaghten and Gordon's Reports, Chancery and Bankruptcy. 8 v. 1851-1857.
Dow.	Dow's House of Lords Cases. 6 v. 1812-1818. 2 v 1827-1832.
E. & B.	Ellis and Blackburn's Reports. Queen's Bench. 8 v. 1852-1858.
East.	East's King's Bench Reports. 16 v. 1800-1812.
Esp.	Espinasse's Nisi Prius Reports. 6 v. 1793-1810.
Ex. D.	Exchequer Division.
Exch.	Exchequer Reports of Nelaby, Hurlstone and Gordon. 11 v. 1847-1856.

H. & N.	Hurlstone and Norman's Reports, Exchequer. 7 v. 1856-1862.
H. L. C.	House of Lords Cases. 11 v. 1847-1866.
Hagg. Con.	Haggard's Consistory Reports.
Hagg. Eccl.	Haggard's Ecclesiastical Reports. 4 v. 1827-1833.
Ir. Eq.	Irish Equity Reports. 13 v. 1838-1851.
Ir. R. (précédé par la date)	Irish Reports, depuis 1893.
J. & H.	Johnson and Hemming's Reports Chancery. 2 v. 1860-1862.
J. P.	Justice of the Peace Reports.
Jacob.	Jacob's Law Dictionary.
John.	Johnson's Reports Chancery, 1 v. 1858-1860.
K. B. (précédé par la date)	King's Bench Law Reports, depuis 1900
K. & J.	Kay and Johnson's Vice-Chancellor's Reports. 4 v. 1853-1858.
L. J. Ch.	Law Journal Reports, new series Chancery Division, depuis 1822.
L. J. K. B. ou Q. B.	Law Journal King's Bench, depuis 1822.
L. J. P.	Law Journal, New series, Probate Divorce and Admiralty, depuis 1875.
L. J. P. M. & A.	Law Journal New series, Probate Matrimonial and Admiralty. 1860-1865.
L. R. Ch. App.	Law Reports Chancery Appeal Cases.
L. R. Eq.	Law Reports, Equity. 20 v. 1865-1875.
L. R. Ex.	Law Reports Exchequer. 10 v. 1865-1875.
L. R. H. L.	Law Reports, House of Lords. 7 v. 1866-1875.
L. R. P. & D.	Law Reports Probate, Divorce and Admiralty Division. 3 v. 1865-1875.
L. R. Sc. Ap.	Law Reports, Scotch and Divorce Cases.
L. T.	The Law Times, depuis 1859.
M. & W.	Meeson and Welsby's Reports Exchequer. 16 v. 1836-1847.
Madd.	Maddock's Chancery Reports.

Man. & Ry. K. B.	Manning and Ryland's Reports, King's Bench. 5 v. 1827-1830.
Mer.	Merivale's Reports Chancery. 3 v. 1815-1817.
P. (précédé par la date) ..	Law Reports Probate Division, depu i 1890.
P. D.	Probate Division Law Reports. 15 v. 1875-1890.
Pre. Cha.	Precedents in Chancery.
Price	Price's Exchequer Reports. 13 v. 1814-1824.
Q. B. (précédé par la date)	Queen's Bench Reports. 1891-1901 ; ou Adolphus and Ellis, 18 v. 1841-1852.
Q. B. D.	Queen's Bench Division Law Reports. 25 v. 1875-1890.
Ridg. Parl. Rep.	Ridgway's Parliamentary Reports, Ireland. 3 v. 1784-1796.
Sim.	Simon's Vice Chancellor's Reports.17 v. 1826-1852.
Sim. & S.	Simon and Stuart, Chancery Reports. 2 v. 1822-1826.
Str.	Strange's King's Bench Reports. 2 v. 1716-1747.
Sw. & Tr.	Swabey and Tristram's Reports, Probate and Divorce. 4 v. 1858-1865.
T. L. R.	Times Law Reports, depuis 1884.
T. R.	Term Reports, Durnford and East. 8 v. fº 1785-1800.
Vern.	Vernon's Reports Chancery. 2 v. 1680-1719.
W. B.	Sir William Blackstone's King's Bench and Common Pleas Reports. 2 v. fº 1746-1779.
W. N. (précédé par la date)	Weekly Notes, depuis 1866.
W. R.	Weekly Reporter ou West's Reports. 54 v. 1852-1906.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ancien Droit.

1° Droit Romain.

Fustel de Coulanges. *La Cité antique.*

Girard. *Manuel de Droit Romain* (7e éd., 1924).

Grenfell et Hunt, *Greek Papyri.* Séries II : *New Classical fragments and latin papyri* (Oxford, 1897).

Zachariae. *Geschichte des griechisch-römischen Rechts* (3e éd., 1892).

2° Droit canon ancien (et moderne).

a) *Bibliographie.*

F. von Schulte. *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts* (4 v. Stuttgart, 1875-80).

Tardif. *Histoire des Sources du Droit Canonique* (Paris, 1887).

b) *Textes.*

Accords de Latran, 1929, *Acta Apostolicae Sedis*, 7, 6, 29. *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, 8, 6, 29.

C. Cocquelines. *Bullarium Privilegiorum ac Diplomatum Romanorum Pontificum Amplissima Collectio* (coll. in-f°, Rome, 1747).

Codex Juris Canonici, promulgué par Benoît XV en 1917.

Corpus Juris Canonici *cum glossis diversorum Gregorii XIII Pont. Max. jussu editum* (Lyon, 1624, 3 vol. f°) ; éd. Friedberg, 2 v. in-4° (2e éd. Leipzig, 1922).

Jaffé. *Regesta Pontificum Romanorum ab condita Ecclesia ad a. post Christum natum MCXCVIII*, 2e éd. par Wattenbach (2 vol. Leipzig, 1865-88).

F. Maassen, *Concilia Aevi Merovingici* (MGH, in-4° Leges, s. 3, t. 1, Hannovre, 1893).

Mansi, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio* (coll. in-f°).

POTTHAST. *Regesta Pontificum Romanorum inde ab a. post Christum natum MCXCVIII ad a. MCCCIV* (2 v. Berlin, 1874-75).

WAMINGHOFF. *Concilia Aevi Karolini* (MGH in-4°, Leges, s. III, t. II, Hannovre-Leipzig, 1906-08).

c) *Jurisprudence.*

STEPHANUS AUFFRERIUS. *Decisiones capelle sedis archiepiscopalis Tholose* (éd. ancienne sans date).

JOSEPH BRY. *Notice sur un formulaire du XIV^e siècle à l'usage de l'officialité d'Orléans* (NRH, 1914).

DUPONT. *Registrum Curie officialis Cerasiensis* (Mém. de la Société des Antiq. de Normandie, XXX^e vol. Caen-Rouen, 1880).

FARINACCIUS. *Sacrae Romanae Rotae Decisiones* (2 v. f°, Genève et Orléans, 1623).

Libri Pœnitentiales : SANCTI EGBERTI (PL, t. 89).
HALITGARII EPISCOPI CAMERACENSIS (PL, t. 105).
THEODORI (PL, t. 99).

JOSEPH PETIT. *Registre des causes civiles de l'officialité épiscopale de Paris*, 1384-1387 (Coll. des Doc. inéd. sur l'Hist. de Fr. Paris, 1919).

TANON. *Notice sur le formulaire de Guillaume de Paris* (Not. et Extr. des Mss., t. 32, 2^e p. Paris, 1888).

— *Registre criminel de la Justice de Saint-Martin-des-Champs à Paris au XIV^e siècle*, 1332-1357 (Paris, 1877).

VARIN. *Archives législatives de la ville de Reims*, t. I, *Liber Practicus de Consuetudine Remensi* (Coll. des Doc. inéd. sur l'Hist. de Fr., 1840).

L. WAHRMUND. *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Processes im Mittelalter*, I Band, VIII Heft, *Das Formularium des Martinus de Fano* (Innsbruck, 1907).

V. en outre les ARCHIVES DÉPARTEMENTALES, série G., de l'Aube, du Doubs, d'Eure-et-Loire, de la Lozère, des Pyrénées-Orientales et de la Seine-Inférieure.

d) *Doctrine.*

SAINT AMBROISE. *Opera omnia* (PL, t. 15 s.).

J. AUBOUX. *La véritable pratique civille et criminelle des Cours ecclésiastiques et Officialités* (1652).

SAINT AUGUSTIN. *Opera omnia* (PL, t. 35 s.).

PIERRE AURIOL. *Commentaria in quartos Sententiarum Libros* (2 v. f°, Rome, 1605).

BALDE. *In Decretalium volumen Commentaria* (f°, Venise, 1595).

[ABBÉ DE BRÉZOLLES]. *Traité de la jurisdiction ecclésiastique contentieuse ou Théorie et pratique des Officialités par un Docteur en Sorbonne* (2 v. Paris, 1769).

YVES DE CHARTRES. *Decretum* (PL, t. 161).

GUILLAUME DURAND. *Speculum Juris* (f° Francfort, 1612).

ESMEIN. *Le Mariage en Droit Canonique* (1re éd., 1891).

— *Le serment promissoire dans le Droit canonique* (NRH, 1888).

PAUL FOURNIER. *Les Officialités au moyen âge, de 1180 à 1328* (Paris, 1880).

— *Deux controverses sur les origines du Décret de Gratien* (Rev. d'Hist. et de Litt. relig., 1898).

GASPARRI. *Tractatus canonicus de matrimonio* (3e éd., 1904).

J. DE GHELLINCK. *Le Mouvement théologique du XIIe siècle* (Paris, 1914).

L. GODEFROY. *Le mariage d'après la Sainte Ecriture et au temps des Pères* (Dict. de Théol. cath. v° Mariage, t. IX, 2e part., 1927).

GONZALES TELLEZ. *Commentaria perpetua in singulos Textus quinque Librorum Decretalium Gregorii IX*, (4 v. f°. Lyon, 1715).

GRATIEN. *Concordia discordantium cononum* ou *Decretum*. V. Corpus Juris Canonici.

HINCMAR DE REIMS. *De Divortio Lotharii regis et Tetbergae reginae* (PL, t. 125).

HOSTIENSIS. *Summa aurea* (f°. Lyon, 1548).

HUBERT. *Les Princes Evêques de Liège et les Edits de Joseph II en matière ecclésiastique* (Bull. de la Commission Royale d'Hist., 1923).

INNOCENT IV. *Apparatus super libros V Decretalium castigatus a Francisco Moneliensi* (f°. Venise, 1481).

SAINT-JÉROME. *Opera omnia* (PL, t. 22 s.).

G. LE BRAS. *La Doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille* (Dict. de Théol. cath. v° Mariage, 1927).

LE PICARD. *La communauté de la vie conjugale : obligation des époux* (*Etudes canoniques sur la Séparation de corps*) (Sirey, 1930). [Ouvrage paru pendant l'impression du présent livre.]

P. LOMBARD. *Sententiarum libri quatuor* (PL, t. 192).

MARC et GESTERMANN. *Institutiones morales Alphonsianae* (éd., 1928).

PANORMITANUS. *Commentaria super libros Decretalium* (4 v. f°, Lyon, 1547).

Saint Paul. *Epîtres.*
Réginon. *De Ecclesiasticis disciplinis* (PL, t. 132).
Albericus de Roxiate. *Dictionarium sive alfabetum juris civilis et juris canonici* (in-f° sans indic. d'éd.).
Sanchez. *De Sancto Matrimonii Sacramento* (f°. Venise, 1737).
de Smet. *Les Fiançailles et le Mariage* (trad. fr. sur la 2e éd. latine, Bruges, 1912).
Saint Thomas d'Aquin. *Opera omnia* (Parme, in-4°, 1858-1862).
Vermeersch et Creusen. *Epitome Juris Canonici* (Bruges-Bruxelles, 1925).
Wernz. *Ins Decretalium* (2e éd., 1912).

3° Ancien Droit laïc.

Ouvrages généraux :

Brissaud. *Histoire du Droit privé* (1907).
Chenon. *Histoire du Droit français public et privé* (t. I, 1926).
Declareuil. *Histoire du Droit français* (1925).
Esmein. *Histoire du Droit français* (14e éd. revue par Génestal).
Viollet. *Histoire du Droit civil français* (3e éd., 1905).

A. *Epoque Franque.*

Bernard et Bruel. *Recueil des Chartes de l'Abbaye de Cluny* (Coll. des doc. inéd. sur l'hist. de Fr., t. I, 1876).
Bluhme. *Edictus Langobardorum* (MGH, in-f°, Pertz, Leges, t. IV, Hannovre, 1868).
Boretius et Krause. *Capitularia Regum Francorum* (MGH, in-4°, Leges, s. 2, 2 vol. Hannovre, 1883).
G. Haenel. *Lex Romana Visigothorum* (Leipzig, 1849).
K. Lehmann. *Leges Alamannorum* (MGH, in-4°, Leges, s. 1, t. 5, p. 1. Hannovre, 1888).
de Rozière. *Recueil général de formules usitées dans l'Empire des Francs du Ve au Xe siècle* (3 v., 1861).
de Salis. *Leges Burgundionum* (MGH, in-4°, Leges, s. 1, t. 1, p. 1. Hannovre, 1892).
de Schwind. *Leges Baiwariorum* (MGH, in-4°, Leges, s. 1, t. 5, p. 2. Hannovre, 1926).
K. Zeumer. *Leges Visigothorum* (MGH, in-4°, Leges, s. 1, t. 1. Hannovre-Leipzig, 1902).
— *Formulae Merowingici et Karolini Aevi* (MGH, in-4°, Leges, s. 5. Hannovre, 1882-86).

B. *Epoque médiévale.*

F. Aubert. *Le Parlement de Paris de Philippe le Bel à Charles VII*, 1314-1422 ; *sa compétence et ses attributions* (Paris, 1890).

Beauchet. *Formation et dissolution du mariage dans le Droit Islandais du moyen âge* (NRH, 1885).

Ph. de Beaumanoir. *Coutumes de Beauvaisis* (éd. Salmon, 2 v.).

E. Beugnot. *Les Assises de Jérusalem* (2 v. f°, 1841-1843).

— *Les Olim* (Coll. des doc. inéd. sur l'Hist. de Fr., 4 v., 1839-1848).

Boutaric. *Actes du Parlement de Paris* (Inv. et docum. publiés par ordre de l'Empereur).

Jehan Boutillier. *Somme Rural* (éd. Charondas le Caron 1603).

Delisle. *Jugements de l'Echiquier de Normandie au XIII^e siècle* (Not. et Extr. des Mss., t. XX, 2^e p., 1862).

Laboulaye et Dareste. *Le Grand Coutumier de France* (1868).

R. de Lasteyrie. *Cartulaire général de Paris* (Hist. gén. de Paris).

E. de Laurière et autres. *Ordonnances des rois de France* (21 v. in-f°, 1723, s.).

Ch. Lefebvre. *Leçons d'introduction générale à l'Histoire du droit matrimonial français* (Paris, 1900).

Luchaire. *La Société française au temps de Philippe-Auguste* (Paris, 1909).

Marnier. — *Etablissements et Coutumes. Assises et Arrêts de l'Echiquier de Normandie au XIII^e siècle*, 1207 à 1245 (Paris, 1839).

O. Martin. *L'Assemblée de Vincennes de* 1329 *et ses conséquences* (Trav. jurid. et écon. de l'Univ. de Rennes, 1909).

— *Sentences civiles du Châtelet de Paris* (NRH, 1914).

Perrot. *Arresta communia Scacarii* (Bibli. d'hist. du Dr. Normand. Caen, 1910).

Rapetti. *Li livres de Jostice et de Plet* (Coll. des doc. inéd. sur l'hist. de Fr. Paris, 1850).

A. Thierry. *Recueil des monuments inédits de l'histoire du Tiers-Etat* (Coll. des doc. inéd. sur l'hist. de Fr.).

V. en outre les Archives Départementales de la Côte-d'Or, série B.

C. *Epoque Coutumière.*

a) *Textes.*

Bourdot de Richebourg. *Nouveau Coutumier général* (4 v. f°, 1724).

Coyecque. *Recueils d'Actes notariés* (Hist. gén. de Paris, 1905).

RAPARLIER. *Chartes générales du Haynaut* (2 v. Douai, 1771).
P. VERHAEGEN. *Recueil des Ordonnances des Pays-Bas autrichiens.*

b) *Jurisprudence.*

AUGEARD. *Arrests notables* (2 v. f°, 1761).
BARDET. *Recueil d'Arrests du Parlement de Paris* (1690).
BASSET. *Plaidoyez et Notables Arrests du Parlement de Dauphiné* (2 v. Grenoble, 1668-1676).
BONIFACE. *Arrests notables de la Cour de Parlement de Provence* et *Suite...* (5 v. f°. Paris, 1670-1689).
BOUVOT. *Nouveau recueil des arrests de Bourgongne* (2 v. Cologne, 1623 et Genève, 1628).
BRILLON. *Dictionnaire des Arrests* (6 v. f°, 1727).
BRODEAU, v. LOUET.
J. CHENU. *Cent notables et singulières questions de droict, décidées par arrests mémorables des Cours souveraines de France* (4e éd. Paris, 1611 à la suite du *Recueil de Réglemens notables*).
DENISART. *Collection de décisions nouvelles* (7e éd., 1771).
DU FAIL. *Mémoires des plus notables et solennels arrests du Parlement de Bretagne* (éd. par SAUVAGEAU. Rennes, 1654).
DU FRESNE et autres. *Journal des Principales audiences du Parlement* (7 v. f°, 1733, s.).
GUYOT. *Répertoire* (17 v. Paris, 1784).
LE PRESTRE. *Questions notables de Droit* (1679).
LOUET. *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris* (éd. augmentée par BRODEAU et annotée par G. DE ROUSSEAUD DE LA COMBE, 2 v. f°, 1742).
PAPON. *Recueil d'arrests notables des Cours souveraines de France* (4e éd., 1621).
F. PERRIER. *Arrests notables du Parlement de Dijon* (observations par G. RAVIOT, 2 v. f°. Dijon, 1735).
J. POLLET. *Arrests du Parlement de Flandre* (Lille, 1716).
RAVIOT, v. PERRIER.
SAUVAGEAU, v. DU FAIL.
DE LA VILLE. *Ordre alphabétique ou Dictionnaire contenant les principales maximes et décisions du Palais* (f°. Paris, 1692).

c) *Doctrine.*

D'ARGENTRÉ. *Commentarii in Consuetudines Ducatus Britanniae* (4e éd. f°. Paris, 1628).
J. BACQUET. *Traité des droits de justice* (2 v. f°. Lyon, 1744).

BASNAGE. *Commentaires sur la Coutume de Normandie* (4e éd., 2 v. fo. Rouen, 1778).

BOURJON. *Le Droit commun de la France* (1770).

BRUNET, v. FEVRET.

CHARONDAS LE CARON. *Pandectes ou Digeste du Droict françois* (fo. Paris, 1607-1610).

— *Réponses et Décisions du Droict françois* (fo. Paris, 1612).

GUY COQUILLE. *Annotations sur les Coutumes du Pays et Comté de Nivernois* (fo. Bordeaux, 1703).

— *Institutions au droit des François.*

DUPLESSIS. *Traité de la Communauté* (1709).

CL. DE FERRIÈRE. *Corps et Compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris* (2e éd., 4 v. fo. Paris, 1714).

FEVRET. — *Traité de l'Abus* (2 v. fo. Lyon, 1736; éd. annotée par BRUNET, 1786).

LE BRET. *Œuvres* (Paris, 1635).

LE BRUN. *Traité de la Communauté* (fo, 1754).

MERLIN. *Recueil alphabétique de questions de droit* (8 v., 1810-20).

— *Répertoire universel de jurisprudence* (5e éd., 18 v., 1828).

MORNAC. *Observationes in XXIV priores libros Digestorum ad usum fori Gallici* (fo. Paris, 1654).

DU MOULIN. *Omnia quae extant opera* (5 v. fo, 1681).

POTHIER. *Traité du Contrat de mariage* (éd. Dupin, 1827).

P. REBUFFE. *Commentaria in constitutiones seu ordinationes regias* (fo. Lyon, 1599).

RENUSSON. *Traité de la Communauté* (1692).

C. SERRES. *Les Institutions du Droit français suivant l'ordre de celles de Justinien* (Paris, 1753).

VALIN. *Nouveau commentaire sur la Coutume de La Rochelle* (3 v., 1761).

d) *Ouvrages modernes.*

GAGÉ. *La séparation de corps dans l'ancien droit français* (thèse, Paris, 1914).

KUNTZ. *Origine de l'article* 1395 *du Code civil* (Rev. Gén. du Droit, 1883-84).

O. MARTIN. *Glanes de droit coutumier parisien* (Trav. jurid. et écon. de l'Univ. de Rennes, t. VI, 1914-15).

— *Histoire de la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris* (1922-27).

MELESSE. *L'Evolution de la Séparation de corps de son origine au Code civil* (thèse, Paris, 1921).

THUILLIER. *De l'Immutabilité des Conventions matrimoniales en Droit Coutumier* (thèse, Paris, 1910).

VILTARD. *Essai d'historique de la Séparation de biens judiciaire dans l'Ancien Droit français* (thèse, Poitiers, 1905).

II. DROITS ÉTRANGERS.

C. BILLET. *Les lois civiles de Malte traduites et annotées.*

R. DE LA GRASSERIE. *Résumé du Code civil Mexicain* (1895).

PFAFF-KRAINZ. *Ehrenzweig System des österreischischen allegemeinen Privatrechts* (1915-17).

VON STUBENRAUCH. *Commentar zum österreischischen Burgelichen Gesetzbuch.*

A. *Droit italien*

E. BIANCHI. *Del contratto di matrimonio* (Naples, 1907).

F. BIANCHI. *Corso elementario del Codice civile italiano* (1888-99).

BORSARI. *Commentario del Codice civile italiano* (Turin, 1871-81).

CABERLOTTO, v° *Alimenti* (Il Digesto Italiano).

CABY. *Le Principe de l'indissolubilité du Mariage et la Séparation de corps en droit italien* (thèse, Paris, 1924).

CICCAGLIONE. v° *Separazione personale* (Il Digesto Italiano).

— V° *Alimenti* (Enciclopedia Giuridica Italiana).

CICU. *Diritto di famiglia* (Rome, 1915).

DUSI. *Principi generali del contratto di matrimonio* (appendice à la traduct. de Baudry-Lacantinerie. *Contratto di matrimonio*).

FADDA et BENSA. *Pandette di Vindscheid.*

FORMENTARO. *Camera di consiglio civile* (Milan, 1904).

GALANTE. Note dans *La Legge*, 1909, 248.

GALUPPI. — *La dote secondo il diritto civile Italiano.*

GARGIULE. *Cassazione unica civile.*

GIDE. *De la législation civile du nouveau Royaume d'Italie* (NRH, XII).

HUC et ORSIER. *Le Code civil Italien et le Code Napoléon.*

LOSANA. *La Separazione giudiziale dopo la consensuale* (Rolandino, 1902).

LUCCI. *Contributo allo studio della separazione per mutuo consenso tra i coniugi* (Riv. crit. di dir. e giur., 1903).

NATALI. *Il Publico ministero e la separazione personale dei coniugi* (Riv. univ. 1907, 1.649).

PAOLI. *La Dote.*

PRANZATARO. *Della azione per separazione giudiziale dopo la consensuale* (G. I. 1903.1.2.69).

Raccolta dei Lavori preparatori del Codice civile nel Regno d'Italia (Palerme et Naples, 1866 et éd. du ministère de la Justice, 1886-99).

RICCI. *Corso teorico-pratico di diritto civile* (Turin, 1907).

DE RUGGIERO. *Instituzioni di Diritto civile* (4e éd. Messine, 1926).

O. SECHI, vo *Separazione personale dei coniugi* (Enciclopedia Giuridica Italiana).

Statistica giudiziaria civile.

STOLFI. *Diritto civile*, vol. V, *Diritto di famiglia* (Turin, 1921).

VEDANI. *Separazione consensuale e separazione della dote* (M. T., 1890, 326).

B. *Droit anglais.*

ADDISON. *Treatise on the Law of contracts* (10e éd. par PERCEVAL KEEP et GORDON. Londres, 1903).

M. ANCEL. *La « Common Law » d'Angleterre* (thèse, Paris, 1927).

E. BARDA. *De la « Specific Performance » ou Execution in specie dans les contrats en droit anglais comparé* (thèse, Paris, 1928).

G. J. BELL. *Principles of the Law of Scotland* (7e éd. par W. GUTHRIE. Edimbourg, 1876).

J. BERTHEAU. *De la Capacité de la femme mariée anglaise* (thèse, Paris 1902).

W. BLACKSTONE. *Commentaries on the Laws of England* (4e éd. par G. CHASE. New-York, 1917).

BRESSE. *La théorie de la « Considération » en Droit anglais* (thèse, Dijon, 1919).

CARLETON KEMP ALLEN. *Law in the making* (Oxford, 1927).

— *Precedent and logic* (41 L. Q. R., 1925, 329).

A. CHÉRON. *La Femme mariée anglaise* (thèse, Paris, 1906).

DICEY. *Le Droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIXe siècle* (trad. Jèze, 1906).

EVERSLEY. *Law of the domestic relations* (4e éd. par A. CAIRUS. Londres, 1926).

FRY. *Specific Performance* (1903).

EARL OF HALSBURY. *The Laws of England*, vo *Husband and wife* (Londres, 1911).

E. Jenks, Geldart, Holdsworth, Lee et Miles. *Digeste de droit civil anglais* (traduc. Baumann et Goulé, 2 v., 1923).

Lehr. — *Eléments de droit civil anglais* (2e éd. par J. Dumas, 2 v. Paris, 1906).

Lévy-Ullmann. *Le système juridique de l'Angleterre* (*Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, t. 2, 1927).

J. W. Salmond. *Jurisprudence* (Londres, 1902).

Schouler. *Mariage, separation and domestic relations* (6e éd., 1921).

Tiffany. *Persons and domestic relations.*

F. P. Walton. *Cause and Consideration in Contracts* (41. L. Q. R., 1925, 307).

— *Les rapports entre le droit français et le droit écossais* (Bull. de la Soc. de Législ. comparée, 1926, 225 s.).

White et Tudor. *A Selection of leading cases in Equity* (8e éd., 2 v. Londres, 1910).

III. Droit français moderne.

a) *Traités généraux et sources.*

Annuaire Statistique de la France (1 v. chaque année).

Aubry et Rau. *Cours de droit civil français* (4e éd., 8 v., 1869-78 ; 5e éd., 12 v., 1897-1922).

Baudry-Lacantinerie. *Traité théorique et pratique de droit civil.* (29 v., 3e éd., 1907).

— *Traité des personnes* (par Houques-Fourcade, Bonnecarrère et Cheneaux).

Beudant. *Cours de droit civil français*, t. 2 et 3. *L'Etat et la capacité des Personnes* (1896-97).

J. Bonnecase. *Supplément au Traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie* (4 v. parus, 1924-28).

Colin et Capitant. *Cours élémentaire de droit civil français* (4e éd., 3 v., 1923-25).

Compte général de l'administration de la justice civile (publié chaque année par le Ministère de la Justice).

Delvincourt. *Cours de Code civil* (1824).

Demante. *Cours de droit civil français* (3e éd., 1840).

Demolombe. *Cours de Code Napoléon* (31 v., 1860-82).

Duranton. *Cours de droit français suivant le Code civil* (4e éd., 22 v., 1834).

FENET. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (15 v., 1827-38 en particulier t. IX).
GÉNY. *Science et technique en Droit privé positif* (4 v., 2e tirage, 1925-27).
GRANDIN. *Bibliographie générale des sciences juridiques* (3 v. 1927 et suppléments).
TH. HUC. *Commentaire théorique et pratique du Code civil* (15 v., 1892-1903).
LAURENT. *Principes de droit civil* (33 v. Bruxelles et Paris, 1869-78).
— *Avant-Projet de révision du Code civil.*
— *Droit civil international* (Bruxelles et Paris, 1880).
LOCRÉ. *Esprit du Code Napoléon* (Paris, 1807).
MALLEVILLE. *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat.*
MARCADÉ. *Elémens de droit civil français.*
PILLET. *Traité pratique de droit international privé* (2 v., 1923-24).
— *Principes de droit international privé* (1903).
PLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil* (10e éd., 1925-27).
PLANIOL et RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*, t. II *La Famille* (par ROUAST), t. VIII. *Les Régimes matrimoniaux* (par NAST).
PROUDHON. *Traité sur l'Etat des personnes* (3e éd. Dijon, 1842 annotée par VALETTE).
G. RENARD. *Conférences d'introduction philosophiques à l'étude du Droit* (3 séries, 1924-27).
— *La Cité moderne et les transformations du Droit* (Cahiers de la Nouvelle Journée, no 4, 1925).
TOULLIER. *Le droit civil français suivant l'ordre du Code* (5e éd. 1839).

b) *Monographies.*

G. CHOQUET. *La séparation de fait entre époux* (thèse Lille, 1907).
P. CUCHE. *La suppression du Divorce* (Sem. soc. de Fr. Grenoble, 1923).
P. DAMAS. *Les origines du Divorce en France* (thèse, Bordeaux, 1897).
A. DAURIAC. *Influence de la séparation de fait sur la condition juridique de la femme mariée* (thèse, Paris, 1924).
DESPAGNET. *L'ordre public en droit international privé* (Cl. 1889).
L. GIROD. *Des effets de la séparation de fait entre époux* (thèse, Nancy, 1908).
E. GOUNOT. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé.*

Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique (thèse, Dijon, 1912).

R. Husson. *La séparation de fait entre époux. Etude jurisprudentielle* (thèse, Toulouse, 1914).

de Labroust. *Des conventions entre époux relatives au divorce et à la séparation de corps* (thèse, Toulouse, 1925).

Ch. Lefebvre. *Le lien de mariage* (1913-23).

— *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat* ? (NRH. 1902).

H. Loubers. *De l'obligation du mari vis-à-vis des tiers qui ont contracté avec sa femme séparée de fait* (Rev. gén. de Droit, 1910).

O. Martin. *La crise du mariage pendant la Révolution* (thèse, Paris, 1901).

Massol. *De la Séparation de corps* (2e éd., 1875).

Musset. *De la Séparation de fait entre époux* (thèse, Montpellier, 1917).

Pellet. *La femme séparée de fait et les tiers* (thèse, Lyon, 1928).

Valensi. *L'application de la loi du divorce en France ; tendance générale de la Jurisprudence, résultats sociaux, projet de réforme* (thèse, Montpellier, 1905).

Vincent. *De la séparation de fait entre époux* (thèse, Paris, 1922).

TABLE DES MATIÈRES

Pages

AVANT-PROPOS XI

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE.

CHAP. I. — *Les origines de la séparation conjugale*..... 1

§ 1. Le Droit Romain n'a pas connu la séparation de corps .. 1
§ 2. La séparation de corps est une création du Christianisme. 6
§ 3. La persistance du divorce dans la Société chrétienne 10
§ 4. Comment et à quelle date la séparation est apparue sur la scène du Droit 31

CHAP. II. *Le Droit canonique classique. La volonté des époux de vivre séparés devant la doctrine et la jurisprudence*.... 47

§ 1. Les canonistes classiques enferment le devoir conjugal dans le concept de servitude et le sanctionnent par des actions réelles 47
§ 2. Les canonistes classiques refusent de munir le pacte de séparation d'une exception opposable à une demande en restitution ; la loi finit par y voir un délit 57
§ 3. Le juge d'Eglise réprime le délit de séparation volontaire entre époux 66
§ 4. La jurisprudence édifie un système de séparation entre époux, distinct du « divortium quoad thorum », et qui ne ressortit pas à la juridiction contentieuse 76
§ 5. La séparation d'habitation peut être obtenue en justice par consentement mutuel 93
Appendice : Le droit canonique moderne reconnaît la validité des pactes de séparation 105

CHAP. III. *Le Droit coutumier* 109
§ 1. Les premières interventions du pouvoir civil en matière de séparation conjugale 109
§ 2. Les justices royales s'attribuent la connaissance exclusive des causes de séparation au moyen de l' « appel comme d'abus » 117
§ 3. En marge de la voie judiciaire s'établit une pratique notariale de séparation de biens et d'habitation..... 129
§ 4. La jurisprudence et la doctrine proclament la nullité des séparations volontaires 135
§ 5. La règle de nullité plie sous les exceptions commandées par les faits 146
Appendice : La séparation consensuelle en Belgique avant le Code civil 166

DEUXIÈME PARTIE

DROIT COMPARÉ

CHAP. I. *Inventaire sommaire des législations qui accueillent la séparation par consentement mutuel* 171

CHAP. II. *La séparation consensuelle en droit italien*. 178
§ 1. Aspect général du droit de famille : nature du mariage et rapports entre époux 179
§ 2. La séparation consensuelle, justification et mode de formation 189
§ 3. Effets de la séparation consensuelle 199
§ 4. Pouvoirs du Tribunal et nature juridique de ce mode de séparation 209
§ 5. Modes de cessation de la séparation consensuelle 218
Appendice : Statistique. Conclusion..... 222

CHAP. III. *La Séparation par contrat en droit anglais*. 225
§ 1. Aspect général du droit de famille : nature du mariage et rapports entre époux 227
§ 2. La séparation par contrat : origine, formation et conditions de validité 237
§ 3. Contenu, effets et durée des contrats de séparation 258
§ 4. Exécution forcée et sanction des pactes en cas de violation de ses engagements par l'un des époux 276

§ 5. Comment peut prendre fin la séparation consensuelle 283
Appendice : La séparation par contrat en Ecosse et aux Etats-Unis 290

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT FRANÇAIS CONTEMPORAIN. LA SÉPARATION VOLONTAIRE DANS LA LOI ET DANS LES MŒURS 293

CHAP. I. *La Loi, sa justification théorique* 295

§ 1. La conception du mariage chez les auteurs du Code civil .. 296
§ 2. Le consentement mutuel est admis par le code comme mode d'obtention du divorce : l'article 233, sa justification 299
§ 3. Le consentement mutuel est rejeté en matière de séparation : l'article 307, sa justification 305
§ 4. La justification théorique de l'article 307 dans la doctrine au cours du XIX^e siècle 313

CHAP. II. *La Pratique des « Pactes d'honneur ». « La Révolte des faits contre le Code civil »* 322

§ 1. La pratique des séparations amiables : son existence et son importance actuelles 324
§ 2. La formation du pacte : étude du consentement mutuel .. 328
§ 3. Le contenu du pacte : les modalités juridiques utilisées par les parties 341
§ 4. La valeur du pacte au regard des parties : comment en fait sont observées les conventions 356
§ 5. L'opinion commune concernant les pactes et les époux vivant séparés à l'amiable, comme critère des bonnes mœurs et de l'ordre public 363

CHAP. III. *La Jurisprudence* 365

§ 1. Il ne saurait légalement exister d'état intermédiaire entre le mariage et la séparation judiciaire 367
§ 2. La nullité des pactes et les motifs donnés par les jugements 372
§ 3. Les conséquences de la nullité : la tendance extensive fondée sur les principes 378
§ 4. Les conséquences de la nullité : la tendance restrictive inspirée des réalités 386

§ 5. Les conséquences à l'égard des tiers, en particulier des créanciers de la femme 403
§ 6. La situation des étrangers, dont la loi nationale consacre la validité de la séparation consensuelle, dans les pays soumis au Code Napoléon 416
Appendice : De la responsabilité civile des notaires à raison de la rédaction des « pactes d'honneur » 426

QUATRIÈME PARTIE

PROJET D'INTRODUCTION DE LA SÉPARATION AMIABLE DANS LE SYSTÈME LÉGISLATIF FRANÇAIS 431

CHAP. I. *Justification* 433

§ 1. Justification du maintien de la séparation de corps : réponse aux critiques 434
§ 2. Les raisons d'ordre général qui justifient la séparation consensuelle 439
§ 3. Les motifs spéciaux qui rendent actuellement son admission souhaitable en France 447
§ 4. Réponse aux objections 456

CHAP. II. *Principes d'organisation* 469

§ 1. De la formation et des conditions de validité du pacte 470
§ 2. Des effets du pacte et du pouvoir de révision du Tribunal. 477
§ 3. De la durée d'application et des causes de résolution du pacte 485
§ 4. De la nature juridique de la séparation amiable 494

CONCLUSION 499

Pièces justificatives 501

Index des abréviations 519

Bibliographie 525

ERRATA

Page 115, notes, 27e ligne :
lire : Arrests, *au lieu de :* Arrest.

Page 117, notes, 4e ligne :
fermer la parenthèse après (Paris, 1839).

Page 118, note 1, 1re ligne :
lire : Dareste, *au lieu de* : Darest.

Page 119, notes, 16e ligne :
lire : Digeste, *au lieu de* : Digestes.

Page 197, notes, 12e ligne :
lire : Milan, *au lieu de* : Milen.

Page 234, note :
lire : *De legibus et...*, *au lieu de : De legibus de...*

671. — Imp. Jouve et Cie, 15, rue Racine, Paris. — 3-30